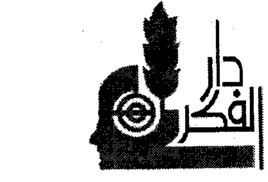
الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

الوجيز في الفقه الإسلامي



آفاق معرفة متجدّدة

الرقم الاصطلاحي : ٢- ١١ ١٨٥٥,٠

ISBN: 1-59239-429-9

الرقم الدولي: ISBN: 1-59239-431-0

الرقم الموضوعي: ٢٥٠

الموضوع: الفقه الإسلامي وأصوله

العنوان: الوجيز في الفقه الإسلامي

التأليف: أ.د. وهبة الزحيلي

التنفيذ الطباعي: دار الفكر - دمشق

عدد الصفحات: ٥٧٦ صفحة الجزء الثاني

قياس الصفحة: ١٧×٢٥ سم

عدد النسخ: ١٥٠٠ نسخة

دار الفكر بدمشق

برامكة مقابل مركز الانطلاق الموحد

ص.ب: (٩٦٢) دمشق-سورية

فاكس: ٢٢٣٩٧١٦

هاتف: ٢٢٣٩٧١٧ - ٢٢١١١٦٦

http://www.fikr.com/

e-mail: info@fikr.com

الإعادة الثانية

١٤٢٧هـ=٢٠٠٦م

ط١/ ٢٠٠٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الوجيز في الفقه الإسلامي

الجزء الثاني

المحتوى

الموضوع الصفحة

ملحقات العقود

الملكية وتوابعها

توابع الملكية

الموضوع | الصفحة

الموضوع — الصفحة

العلاقات الدولية في الإسلام

القضاء وطرق الإثبات

الموضوع | الصفحة

عقود المعاملات المدنية

عقود المعاملات المدنية

الكلام عن عقود المعاملات المدنية يشمل البيع وأنواعه من سلم واستصناع وصرف وجزاف وربا، وبيوع الأمانة (المرابحة والتولية والوضيعة) والإقالة ثم القرض، والإيجار، والجعالة، والشركة، والهبة، والإيداع والإعارة، والوكالة، والكفالة، والحوالة، والرهن، والصلح.

ويتبعها الكلام في الإبراء والاستحقاق والمقاصة والإكراه والحجر.

عقد البيع

تعريفه ومشروعيته وركنه أو أركانه، وشروطه، وحكمه، البيع الصحيح وغير الصحيح.

أهم أنواع البيع الباطل والفاسد، الخيارات.

تعريف البيع ومشروعيته

البيع **لغة**: مقابلة شيء بشيء، **واصطلاحاً**: مبادلة مال بمال تمليكاً وتملكاً. والمال: هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، وهذا في رأي الحنفية، فلا تعتبر المنافع والحقوق المحضة مالاً عندهم، والصواب رأي غيرهم من المذاهب، فالمال: كل ما يتموله الناس ويضمنه متلفه عند الاعتداء عليه، فيشمل المنافع والحقوق والديون، فهي أموال وهو الموافق للقوانين المدنية الوضعية ولعرف الناس وتعاملهم.

والبيع مباح، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٧٥]، وقوله ﷺ حينما سئل عن أي الكسب أطيب؟ فقال: «عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور»[(١)]، أي لا غش فيه ولا خيانة، وقوله أيضاً: «إنما البيع عن تراضٍ»[(٢)].

أركان البيع

للبيع ركن واحد عند الحنفية وهو الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من المعاطاة، مثل بعت واشتريت، والمعاطاة: المبادلة دون كلام من العاقدين أو من أحدهما.

---

(١) رواه البزار وصححه الحاكم، من حديث رفاعة بن رافع رضي الله عنه.

(٢) رواه البيهقي وابن ماجه وصححه ابن حبان من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

والجمهور يرون أن للبيع أركاناً أربعة هي: البائع والمشتري (العاقد) والصيغة (الإيجاب والقبول) والمعقود عليه (محل البيع والثمن).

والإيجاب عند الحنفية: إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد العاقدين (البائع أو المشتري).

والقبول: هو ما ذكر ثانياً من كلام أحد العاقدين.

وعند بقية الفقهاء: الإيجاب: هو ما صدر من المملِّك، أولاً أو آخراً، والقبول: ما صدر من المتملك.

ألفاظ الإيجاب والقبول

الإيجاب أو القبول يتم إما بلفظ الماضي مثل بعت واشتريت، أو بلفظ المضارع مثل أبيع وأشتري، أو بلفظ الأمر أو الاستدعاء مثل: بعني بكذا، أو اشتر بكذا.

وقد اتفقت المذاهب على انعقاد البيع بلفظ الماضي، ولو من غير نية. أما المضارع فينعقد به البيع عند الحنفية[١] بالنية للحال، لأن المضارع يدل على الحال أو الاستقبال، فيتحدد المراد بالنية للحال. ولا يصح البيع بالمضارع المقترن بالسين أو سوف، مثل سأبيعك، لأن ذكر السين يناقض إرادة الحال. ويصح البيع عندهم بلفظ الأمر أو الاستدعاء، مثل: بعني أو اشتر مني، إذا انضم إليه لفظ ثالث من الموجب الأول، بأن يقول: اشتريت.

لكن يصح عندهم الزواج بهذا اللفظ، لأن قوله: «زوجني» توكيل بالزواج، فإذا زوجه امتثل أمره، والشخص الواحد يتولى طرفي عقد الزواج، بخلاف البيع، لا بد فيه من تعدد العاقد.

وذهب الجمهور[٢] إلى أنه ينعقد العقد سواء كان بيعاً أو زواجاً بكل ما يعد

---

(١) البدائع ٥/١٣٣

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/٣، كفاية الأخيار ١/٤٥٦، المعتمد في فقه الإمام أحمد ١/٣٩٩

عقداً في العرف بلفظ الماضي أو المضارع أو الأمر، واختاره النووي من الشافعية، لأنه لم يصح في الشرع اشتراط اللفظ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف كغيره. واختاره أيضاً المتولي والبغوي وغيرهما، لأن المعول على التراضي، فكل ما أدى معنى البيع ينعقد به.

قال الحصني الشافعي في كفاية الأخيار[١]: ومما عمت به البلوى بعثان الصغار لشراء الحوائج، واطّردت فيه العادة في سائر البلاد، وقد تدعو الضرورة إلى ذلك، فينبغي إلحاق ذلك بالمعاطاة إذا كان الحكم دائراً مع العرف.

ويصح البيع أيضاً **بالمعاطاة**: وهو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما. بأن يأخذ المشتري المبيع بعد دفع الثمن، دون كلام، وهذا ما اختاره جماعة من الشافعية كالنووي والبغوي والمتولي في كل ما يعدُّه الناس بها بيعاً، كما تقدم[٢].

خيار المجلس: يلزم البيع بمجرد الإيجاب والقبول في رأي الحنفية والمالكية، ولا يحتاج إلى خيار مجلس، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١].

ويثبت في رأي الشافعية والحنابلة خيار المجلس للعاقدين، ما داما في مجلس العقد، من غير تغير ولا تبدل، عملاً بالحديث الثابت: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما للآخر: اختر»[٣]، أي اختر اللزوم أو الفسخ.

---

(١) المكان السابق.

(٢) مغني المحتاج ٢/٣

(٣) رواه البخاري ومسلم ومالك في الموطأ. لفظ حديث حكيم بن حزام: «البيِّعان - يعني البائع والمشتري - ما لم يتفرقا أو قال: حتى يفترقا، فإن صدقا وبيَّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما مُحقت بركة بيعهما» ولفظ حديث ابن عمر: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر..» (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١٨٤).

أنواع شروط البيع

للبيع أربعة أنواع من الشروط وهي: شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم.

أولاً - شروط انعقاد البيع

هي أربعة أنواع: في العاقد، وفي نفس العقد، ومكانه، والمعقود عليه.

أما شروط **العاقد** فهي شرطان:

١- أن يكون العاقد في رأي الحنفية والمالكية عاقلاً (مميزاً): فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير المميز.

ويصح عقد المميز بحسب التقسيم لتصرفاته فهي ثلاثة أنواع:

أ) التصرفات النافعة نفعاً محضاً: كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وقبول الهبات، تصح من المميز مطلقاً، لأنها لنفعه التام.

ب) التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالهبة والإقراض والكفالة والطلاق، وهذه لا تصح من المميز، لما فيها من الضرر.

ج) التصرفات المترددة بين الضرر والنفع: كالبيع والإيجار والزواج والشركة، تصح من المميز موقوفة على إذن وليه أو إجازته من وليه ما دام صغيراً، أو إجازته بنفسه بعد البلوغ.

٢- تعدد العاقد: فلا ينعقد البيع بواسطة وكيل عن الجانبين إلا إذا صدر من الأب ووصيه، والقاضي، والرسول من الجانبين. والفرق بين الرسول والوكيل أن الرسول لا يتحمل شيئاً من حقوق العقد، والوكيل يتحملها. وذلك إلا في عقد الزواج فيصح كون الشخص وكيلاً من الجانبين، لأن العاقد فيه لا يتحمل شيئاً من حقوق العقد، وإنما هو كالرسول مجرد سفير محض.

أما البيع ففيه حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم، والمطالبة بتسلم المبيع وقبض الثمن، والردّ بالعيب، والخيار، ولا يتصور كون الشخص الواحد في زمان واحد مسلِّماً ومتسلماً، طالباً ومطالَباً.

واستثناء الأب لتوافر شفقته، ومثله وصيه، والقاضي لا ترجع إليه حقوق العقد فهو كالرسول.

وشرط **نفس العقد** واحد، وهو توافق القبول مع الإيجاب أو تطابقهما.

وشرط **مكان العقد** واحد أيضاً، وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ومجلس العقد: هو الاجتماع الواقع للعقد، الذي يجمع بين مشتملات العقد، وليس هو المكان.

وشروط **المعقود عليه** أربعة:

١- أن يكون المبيع موجوداً: فلا ينعقد بيع المعدوم كالثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجرة، ولا ما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج أي ولد ولد الدابة. والدليل: أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها[١]. ويستثنى بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه.

٢- أن يكون المبيع مالاً متقوماً: فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كالميتة والدم والحر، ولا بيع ما ليس بمتقوم (أي لا يباح الانتفاع به شرعاً) كالخمر والخنزير من المسلم. وأجاز أبو حنيفة خلافاً لصاحبيه وبقية الأئمة بيع آلات الملاهي، لإمكان الانتفاع بالأدوات المركبة منها.

٣- أن يكون مملوكاً في نفسه: أي محرزاً في ملك صاحبه، فلا يصح بيع ما ليس بمملوك لأحد من الناس، كبيع الكلأ ولو في أرض مملوكة، والماء غير

(١) رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما.

المحرز، والحطب والحشيش والصيد في البرية، والتراب وأشعة الشمس والهواء، ونحوها من المباحات لجميع الناس.

٤- أن يكون مقدور التسليم عند العقد: فلا ينعقد بيع معجوز التسليم، ولو كان مملوكاً كالحيوان الشارد، والطير في الهواء، والسمك في الماء.

شروط الإيجاب والقبول ثلاثة

١- **أهلية الأداء**: أي القدرة على ممارسة التصرف: بأن يكون العاقد في رأي الحنفية والمالكية عاقلاً مميزاً، والتمييز عند الحنفية بتمام سبع سنوات، وعند الجمهور ببلوغ السّبع سنوات. والتعبير يكون بالكلام أو بالكتابة أو الإشارة.

واشترط الشافعية والحنابلة البلوغ مع العقل، فلا ينعقد بيع غير المميز. لكن أجاز الحنابلة تصرف المميز فيما أذن له وليه فيه، وكذا تصرف أي صبي ولو غير مميز في الشيء اليسير. وكذلك أجاز الشافعية تصرف المميز فيما جرى فيه العرف للضرورة، كما تقدم.

أما **الاختيار** أو الطواعية فهو شرط عند الشافعية والحنابلة.

فلا ينعقد **بيع المكره** في ماله بغير حق، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٤/ ٢٩].

وأما الإكراه بحق: فلا يمنع من انعقاد العقد، مثل بيع مال المدين جبراً عنه لوفاء الدين، وبيع مال المحتكر، والإجبار على بيع الأرض أو الدار لتوسعة مسجد أو طريق أو مقبرة أو مصنع حيوي.

ويرى جمهور الحنفية أن بيع المكره فاسد، لأن الإكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة العقود. وذهب زفر إلى أن الإكراه يجعل العقد موقوفاً غير نافذ، ورأيه أوفق مع المذهب وأقوى دليلاً.

أما المالكية فجعلوا عقد المكره غير لازم، أي إنه يخير بين فسخ العقد أو إمضائه.

وبيع المضطر: هو أن يضطر شخص إلى بيع شيء من ماله، ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش. وحكمه عند الحنفية: أنه فاسد، وأجازه بعض الفقهاء للضرورة.

وبيع التلجئة: هو أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك، فيتظاهر هو ببيعه لشخص ثالث، فراراً منه، ويتم العقد مستوفياً أركانه وشروطه. وحكمه: أنه عند الحنفية والشافعية بيع صحيح، لتوافر عناصره المطلوبة شرعاً. وهو عقد باطل عند الحنابلة لأن العاقدين ما قصدا البيع، فلم يصح منهما كالهازلين[١].

وبيع السمسرة: هو البيع الذي يتم بوساطة بين البائع والمشتري. وهو جائز، والعوض الذي يأخذه السمسار مباح، لأنه أجر على عمل وجهد معقول.

ولا بأس أن يقول شخص لآخر: بع هذا الشيء بكذا، وما زاد فهو لك، أو بيني وبينك، لحديث: «المسلمون على شروطهم»[٢].

٢- **توافق (تطابق) القبول مع الإيجاب**: بأن يرد البيع على كل ما أوجبه البائع وبما أوجبه. فلو قبل المشتري بأكثر مما طلب البائع، انعقد البيع اتفاقاً. ولو قبل بأقل لا ينعقد، ولو قبل بخلاف وصف الثمن، كأن قبل كون الثمن مؤجلاً لوقت معين، وأوجب البائع بثمن حالّ، لم ينعقد العقد، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب.

٣- **اتحاد مجلس العقد**: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد. ومجلس العقد: هو الذي يجمع جميع مشتملات الصفقة. واتحاده بأن يستمر الكلام في شأن العقد، دون انشغال بأمر آخر، ولا تفرق بالأبدان، بأن يقوم القاعد، ويمشي الواقف خطوات ثلاث فأكثر، ولا يضر مشي خطوة أو خطوتين.

---

(١) كشاف القناع ٣/ ١٣٩

(٢) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وهذا رأي الحنفية والمالكية، فلا يضرّ الفصل بين شطري الإيجاب بما هو متعارف عليه، إلا أن يخرج الطرفان عن البيع لشأن آخر عرفاً.

واشترط الشافعية والحنابلة ألا يفصل بين شطري العقد فاصل كثير: وهو ما أشعر بالإعراض عن القبول، ولا يضر الفصل اليسير، لعدم إشعاره بالإعراض عن القبول، ويضر تخلل كلام أجنبي عن العقد ولو يسيراً بين الإيجاب والقبول.

وعبارة الشافعية في هذا ألا يطول الفصل بين لفظيهما بسكوت ولو يسيراً إذا قصد به القطع[١]، وعبارة الحنابلة: ألا يوجد فاصل يدل على الإعراض عن البيع عرفاً[٢].

وإذا كان التعاقد بين **غائبين** فيعتبر اتحاد المجلس ما دام العاقدان يتكلمان في موضوع العقد، أما إن بلغ الخبر إلى الغائب فقال: قبلت، فلا ينعقد العقد.

وإذا كان التعاقد بواسطة **رسول** فيعتبر مجلس أداء الرسالة، **وفي المراسلة** أو الكتابة يعتبر مجلس بلوغ الكتاب. وللكاتب أن يرجع عن إيجابه أمام شهود، بشرط كون الرجوع قبل قبول الطرف الآخر ووصول الرسالة.

ويرى المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها. وإذا حدد الموجب للقابل مدة للقبول، التزم بها، لأن المسلمين على شروطهم.

ثانياً - شروط النفاذ

الملك أو الولاية

أما **الملك** فهو: حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي، فلا يعد القيِّم على المجنون أو السفيه، ولا الوصي على

(١) نهاية المحتاج للرملي ٣/٩

(٢) كشاف القناع ٣/١٣٧

القاصر مالكاً يتصرف في الشيء. لكنْ كل من المجنون والسفيه والقاصر يعد مالكاً، وإن وجد مانع له من التصرف لكونه تحت ولاية غيره.

وأما الولاية فهي: سلطة شرعية ينعقد بها العقد وينفذ وهي نوعان:

أ- أصلية: وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه.

ب- ونيابية: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية، إما بإنابة المالك كالوكيل، أو بإنابة الشرع كالأولياء وهم: الأب والجد والقاضي، ووصي الأب أو الجد (الوصي المختار) ووصي القاضي (الوصي المجبر) وترتيبهم عند الحنفية: الأب ثم وصيه، ثم الجد ثم وصيه، ثم القاضي ثم وصيه.

ويترتب على هذا الشرط أنه في رأي الحنفية والمالكية لا ينفذ **بيع الفضولي** لعدم الملك أو الولاية، وإنما يكون موقوفاً على إجازة المالك، ويعدُّ تصرف الفضولي عند الشافعية والحنابلة باطلاً.

شروط الإجازة: اشترط الحنفية لإجازة عقد الفضولي شرطين:

الأول - أن يكون للعقد مجيز حالة العقد: وهو من يستطيع إصدار العقد بنفسه. فإن لم يكن للعقد مجيز فلا ينعقد العقد.

الثاني - أن تكون الإجازة حين وجود البائع والمشتري والمالك والمبيع: فلو حصلت الإجازة بعد هلاك أحد هذه العناصر، بطل العقد، ولم تفد الإجازة شيئاً، لأن قيام العقد بقيام العاقدين والمعقود عليه.

ثالثاً - شروط صحة البيع

يشترط لصحة البيع خلوه من عيوب ستة هي:

١- **الجهالة الفاحشة**: وهي التي تفضي إلى المنازعة، وهي أربعة أنواع:

أ - جهالة المبيع بالنسبة إلى المشتري، جنساً أو نوعاً أو قدراً.

ب - جهالة الثمن: كبيع الشيء بثمن مثله أو بما يستقر عليه السعر.

جـ - جهالة الأجل: أي مدة تسليم الثمن أو المبيع الموصوف ديناً في الذمة، وجهالة مدة خيار الشرط.

د - جهالة وسيلة التوثيق: من كفالة أو رهن، فلا بد من تعيين الكفيل والمرهون.

٢- **الإكراه** وهو نوعان:

أ - ملجئ أو تام: وهو التهديد بأمر خطير كالقتل أو الضرب الذي يخشى إتلاف عضو.

ب - غير ملجئ أو ناقص: وهو التهديد بأمر غير خطير كالحبس أو الضرب غير المتلف عضواً، أو إلحاق ظلم أو أذى بالمكرَه كمنع توظيفه أو ترقيته أو إنزاله درجة. والإكراه بنوعيه يجعل العقد فاسداً عند جمهور الحنفية، موقوفاً عند زفر، وهو الأدق.

٣- **التوقيت**: أي تأقيت البيع بمدة كشهر أو سنة، فيجعله فاسداً لأن طبيعة البيع التأبيد، وملكية العين لا تقبل التأقيت.

٤- **الغرر**: أي غرر الوصف: كبيع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً، فالعقد فاسد. وأما غرر الوجود وهو ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم، كبيع نتاج النتاج وبيع الحمل الموجود في البطن، فيجعل البيع باطلاً، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر[1].

٥- **الضرر**: أي إلحاق الضرر بالبائع، كبيع جذع من سقف، وبيع ذراع من

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ثوب يضره التبعيض، يجعل العقد فاسداً، فإن تحمل البائع الضرر، وسلَّم المبيع، انقلب البيع عند الحنفية صحيحاً.

٦- **الشرط المفسد**: وهو ما كان فيه نفع لأحد العاقدين، ولم يرد به الشرع، ولا جرى به العرف، ولا اقتضاه العقد، ولا يلائم مقتضاه، كبيع دار على أن ينتفع بها البائع مدة شهر فأكثر، يعد البيع فاسداً.

والقاعدة عند الحنفية: أن الشرط الفاسد في المعاوضات المالية يفسدها، وفي التبرعات لا يؤثر عليها.

فإذا تعارف الناس شرطاً فاسداً، صار البيع صحيحاً ملزماً، لعدم إفضائه إلى المنازعة.

رابعاً - شروط لزوم البيع

يلزم البيع إذا خلا من أحد الخيارات، كخيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب. فإذا وجد خيار، كان لصاحبه الحق في فسخ البيع أو قبوله، إلا إذا حدث مانع من ذلك، كتلف المبيع أو تعيبه بآفة سماوية أو بفعل البائع.

هذه شروط البيع، فإذا فقد أحد شرائط الانعقاد، كان البيع **باطلاً**، وإذا لم يتوافر أحد شرائط الصحة، كان العقد **فاسداً**، وإذا لم يوجد أحد شرائط النفاذ كان البيع **موقوفاً**، وإذا وجد أحد الخيارات كان البيع **غير لازم**، فيكون لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد.

حكم البيع

أي الغرض والغاية منه، وهو الحكم الشرعي الثابت بالبيع، وأثره المترتب عليه، فأثر البيع: ثبوت الملك في المبيع للمشتري، وثبوت الملك في الثمن للبائع، إذا كان البيع لازماً لا خيار فيه.

وحكم البيع يختلف عن حقوق العقد، لأن حكم العقد: هو الأثر الجوهري

أو الغاية النوعية المترتبة على العقد، وأما **حقوق العقد**: فهي الأعمال التي لا بد منها للحصول على حكمه، كتسليم المبيع، وقبض الثمن، والرَّد بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط ونحوها، وضمان ردّ الثمن إذا تبيَّن أن المبيع مستحق لغير لبائعه.

الفرق بين المبيع والثمن

المبيع غالباً: هو ما يتعين بالتعيين، كبيع سلعة ما، والثمن: هو ما لا يتعين بالتعيين، فيكون غالباً ديناً في الذمة، كنقود أو حبوب أو أقطان أو أقمشة أو عدديات متقاربة كالجوز والبيض.

ويختلف الثمن عن القيمة والدين، **فالثمن**: لا يتحقق إلا في عقد، وهو ما يتراضى عليه العاقدان، سواء كان مساوياً للقيمة أو أكثر أو أقل.

والقيمة: هي ما يساويه الشيء.

والدين: كل ما ثبت في الذِّمة بأحد أسباب الالتزام كالقرض والبيع والكفالة والإتلاف والغصب ونحوها.

كيف نميز بين المبيع والثمن؟

مجال التمييز في أموال المعاوضات وهي: النقود، والقيميات، والمثليات.

ففي **النقود** المعدنية أو الورقية: تعد النقود هي الثمن، ومقابلها وهي السلع هي المبيع مطلقاً، سواء دخل عليها حرف الباء أو دخل على مقابلها، مثل: بعتك هذا بدينار، أو بعتك ديناراً بهذه السلعة.

والنقود عند الحنفية لا تتعين بالتعيين في المعاوضات في حق الاستحقاق لذات العملة النقدية، لتماثلها في القيمة، وحلول بعضها محل بعض، فلو هلك المشار إليه لا يبطل العقد.

ويرى الشافعي وزفر: أن النقود تتعين بالتعيين، ويستحق البائع على المشتري ذات الدراهم المشار إليها، كسائر الأعيان، لأن الشخص قد يكون له غرض فيها، فلو هلك المشار إليه قبل القبض بطل العقد، كسائر الأعيان.

فإن لم يكن الثمن من المسكوكات، قبل التعيين كسائر السلع.

وأما **القيميات**: فهي التي تتفاوت أفرادها، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق، كالثياب والدور والأراضي والعدديات المتفاوتة كالغنم وسائر الدواب، والبطيخ إذا بيع بالعدد، لا بالوزن.

فإذا قوبلت بالمثليات المعينة، تعدُّ هي المبيع، والمثلي هو الثمن مطلقاً، دون نظر إلى حرف الباء، لأن المثلي أليق بالثمنية، من حيث قابليته للثبوت في الذِّمة كالنقود.

وإذا قوبلت بالأموال غير المعينة، أي الملتزمة في الذمة، فالعبرة في الثمنية لمقارنة حرف الباء، فما دخل عليه حرف الباء كان ثمناً، والآخر مبيعاً، مثل: بعتك هذا المتاع برطل من السكر، فالسكر هو الثمن.

وإذا قال: بعتك رطلاً من السكر بهذا المتاع، كان السكر هو المبيع، والمتاع ثمناً.

وإذا بيعت القيميات ببعضها، اعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه وثمناً من وجه آخر.

وأما **المثليات**: فهي التي تماثلت آحادها أو أجزاؤها بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق معتبر. وهي أربعة أنواع:

١- المكيلات: وهي التي تباع بالكيل كالحبوب والسوائل.

٢- والموزونات: وهي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت.

٣- والذَّرْعيات: وهي التي تباع بالذراع ونحوه كقطع المنسوجات، والأراضي.

٤- والعدديات المتقاربة: وهي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، والمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وقطع الغيار.

وكلها إذا قوبلت بالنقود فهي مبيعة، وإذا قوبلت بأمثالها، فما كان منها معيناً فهو المبيع، وما كان منها موصوفاً في الذِّمة فهو الثمن.

وإن كان كل واحد منها موصوفاً في الذمة، فما صحبه حرف الباء، كان ثمناً، والآخر هو المبيع.

أحكام المبيع والثمن

يترتب على التميز بين المبيع والثمن أحكام تسعة، وهي في اصطلاح الحنفية:

١- يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً، ولا يشترط ذلك في الثمن.

٢- يشترط لنفاذ البيع أن يكون المبيع موجوداً في ملك البائع، ولا يشترط ذلك في الثمن.

٣- لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم، ويجب تأجيل المبيع المسلم فيه.

٤- كلفة تسليم الثمن على المشتري، وكلفة تسليم المبيع على البائع.

٥- إذا لم يسمَّ الثمن في البيع فهو فاسد، وإذا لم يسمَّ المبيع فالبيع باطل.

٦- هلاك المبيع بعد التقايض (المقايضة) يمنع إقالة البيع، ولا يمنع ذلك هلاك الثمن.

٧- هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع، ولا يبطله هلاك الثمن.

٨- لا يجوز تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه، ويصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه.

٩- على المشتري تسليم الثمن أولاً، ليتعين كالمبيع، ويستحق تسلُّم المبيع.

حبس المبيع

يترتب على الحكم السابق الأخير أنه يحق للبائع حبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي جميع الثمن، ولو درهماً واحداً.

لكن يشترط لثبوت حق الاحتباس شرطان:

أ - أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً[١] كبيع سلعة بدينار، فإن كانا عينين أو دينين، فلا يثبت حق الحبس، بل يسلّمان معاً.

٢ - أن يكون الثمن حالاً: فإن كان مؤجلاً، فلا يثبت حق الحبس، لأنه سقط بالتأجيل.

وهذا متفق عليه بين الحنفية والمالكية، وهو رأي الشافعية أيضاً حيث أجازوا للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن خاف فوته، وكذا يحق للمشتري حبس الثمن إن خاف فوت المبيع.

أما الحنابلة: فإنهم لم يجيزوا للبائع حبس المبيع لقبض الثمن، لأن التسليم من مقتضيات العقد، فإن اختلف العاقد في وقوع التسليم، أجبر البائع على تسليم المبيع أولاً، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن.

التسليم أو القبض وطرقه

التسليم أو القبض هو: أن يخلِّي البائع بين المبيع وبين المشتري، برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه. وله خمسة طرق:

١ - **التخلية**: وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع، مثل تسليم المفتاح للمشتري، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً إلا المكيل والموزون فإن قبضه يكون بكيله أو وزنه.

---

(١) المال إما عين وإما دين، والعين هي: الشيء المعين المشخص بذاته، كقلم وبيت، والدين هو: ما يثبت في الذمة، كمبلغ من المال في ذمة رجل. ويطلق الدين على أحوال أخرى، وهي المقدار الغائب غير الحاضر من الدراهم، والمقدار المعين من الدراهم أو صبرة الحنطة قبل الإفراز، أي الكمية على وجه الشيوع كالنصف والربع، لا المعين ذاتاً. وما سوى الثابت في الذِّمة هو من قبيل الأموال المادية، لأنه أعيان.

وذهب المالكية والشافعية: إلى أن قبض العقار كالأرض والبناء يكون بالتخلية بين المبيع والمشتري، وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت، وقبض المنقول كالأمتعة يكون بحسب العرف الجاري بين الناس.

وقرر الحنابلة: أن قبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكيله أو وزنه، أي يجب الرجوع في القبض إلى العرف.

٢- **الإتلاف أو التعييب**: لو أتلف المشتري المبيع في يد البائع، صار قابضاً للمبيع، وتقرر عليه الثمن، لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع، والإتلاف تصرف فيه حقيقة. وكذا لو أمر المشتري البائع بالإتلاف، ففعل، أو أمره بطحن الحنطة فطحن، لأن فعل البائع بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري نفسه.

والتعييب كالإتلاف: وهو أن يحدث المشتري في المبيع عيباً، كأن يقطع يده، أو يشج رأسه، أو أن ينقص منه شيئاً.

٣- **إيداع المبيع عند المشتري أو إعارته إياه**: لو أودع البائع المبيع عند المشتري، أو أعاره منه، يصير المشتري بذلك قابضاً، لأن الإيداع والإعارة للمالك لا يصح.

وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره، وطلب من البائع تسليمه إليه، يصير قابضاً، لأن الإعارة والإيداع عند آخر عمل صحيح، فقد أثبت يد النيابة لغيره، ويد أمينة كيده، فصار قابضاً.

أما لو أودع المشتري الشيء عند البائع أو أعاره له أو آجره، فلم يكن ذلك قبضاً، لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري.

٤- **اتباع الجاني بالجناية على المبيع**: لو جنى أجنبي على المبيع، فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان، كان اختياره بمنزلة القبض في رأي أبي يوسف، لأن تلك الجناية حصلت بإذن المشتري وأمره ضمناً.

ويرى محمد: أنه لا يصير قابضاً، ويبقى المبيع في ضمان البائع، ويؤمر بالتسليم إليه، ويكون الهلاك على البائع، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري، لأن قيمة العين قائمة مقامها، فيكون الهلاك على البائع.

٥- **القبض السابق**: إذا كان المبيع قبل البيع في يد المشتري، فهل يعدُّ قابضاً بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم؟

القاعدة في هذا أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه، أو كان السابق أقوى، فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان. وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط، ولا ينوب عن قبض الضمان، لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى[1].

وقبض الضمان: هو ما كان القابض فيه مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير، فيضمنه، إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية، كالمغصوب في يد الغاصب، والمبيع في يد المشتري.

وقبض الأمانة: هو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع أو المستعير أو المستأجر أو الشريك.

فإن كانت يد المشتري على المبيع يد ضمان بنفسه وهي يد الغاصب، فالقبضان متجانسان، لأن المبيع بعد القبض مضمون بنفسه، فينوب أحدهما عن الآخر.

وإن كانت يد المشتري يد ضمان لغيره كيد الرهن، فإنه لا يصير قابضاً، إلا أن يكون الرهن حاضراً في مجلس العقد، أو يذهب إلى حيث يوجد المرهون، ويتمكن من قبضه، لأن الرهن أمانة في الحقيقة، فكان قبضه قبض أمانة، والمرهون ليس مضموناً بنفسه بل بغيره، وهو الدين، أما المبيع فهو مضمون بنفسه، فلم يتجانس القبضان.

---

(١) مجمع الضمانات للبغدادي: ص ٢١٧

وإن كانت يد المشتري يد أمانة، كيد المستعير أو الوديع، فلا يصير قابضاً، إلا أن يكون المبيع بحضرته، أو يذهب إليه، فيتمكن من قبضه بالتخلي، لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان، فلا يتناوبان.

البيع الصحيح وغير الصحيح

البيع الصحيح هو: الذي استجمع أركانه وشروطه، وصحته تعني ترتب آثاره عليه، وهي تملك المشتري المبيع، وتملك البائع الثمن، وحلّ انتفاع كل منهما بما ملك. وهو عند الحنفية: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه، وحكمه: أنه يثبت أثره في الحال، أي بمجرد الانتهاء من الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار.

وغير الصحيح من البيوع: هو ما اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شرائطه، فلا يترتب عليه أثره المقصود منه شرعاً.

ولا فرق بين الباطل والفاسد عند جمهور الفقهاء، فكل منهما لا يترتب عليه شيء من أحكام البيع أو آثاره.

وفرق الحنفية بين الباطل والفاسد، فقالوا:

البيع الباطل هو: ما اختل ركنه أو محله، أو هو ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا بوصفه، أي بأن يكون العاقد ليس أهلاً للعقد، أو أن يكون محل البيع ليس قابلاً له .**وحكمه**: أنه لا يعتبر منعقداً فعلاً، مثل بيع الطفل غير المميز، أو المجنون، وبيع ما ليس بمال كالميتة، أو ما ليس بمتقوم (لا يباح الانتفاع به شرعاً) كالخمر والخنزير.

فهو لا يفيد الملك بالقبض، فلو هلك المبيع في يد المشتري، كان حكمه كهلاك الأمانات في رأي أبي حنيفة، ويكون مضموناً في رأي الصاحبين، لأنه ليس أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء.

والبيع الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، أي أن يصدر من أهل له في محل قابل للبيع، ولكن عرض له وصف غير مشروع، مثل بيع المجهول جهالة تفضي للنزاع، كبيع دار من دور، ومثل إبرام صفقتين في صفقة كبيع سلعة على أن يقرضه مبلغاً، وكاشتمال البيع على ربا، فإنه يجعل العقد فاسداً.

وحكمه عندهم: أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه.

وضابط تميز الباطل عن الفاسد: أنه إذا كان الفساد عائداً للمبيع، فالبيع باطل، كبيع خمر أو خنزير أو ميتة أو دم أو صيد حرم أو إحرام، لأن الخلل واقع على المبيع ذاته، فلا يثبت الملك في المبيع للمشتري.

وإذا كان الفساد يرجع للثمن، فإن كان الثمن مالاً في بعض الأديان أو مرغوباً عند بعض الناس كالخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام، فالبيع فاسد، أي ينعقد العقد بقيمة المبيع، ويفيد الملك في المبيع بالقبض.

وإذا كان الثمن ميتة أو دماً فالصحيح عند الحنفية أن البيع باطل؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً.

أنواع البيع الباطل

أذكر هنا سبعة أنواع من البيع الباطل وهي ما يأتي:

١- بيع المعدوم

بيع المعدوم أو ما له خطر العدم باطل، مثال المعدوم: بيع نتاج النتاج أو حبل الحبلة وهو ولد ولد الحمل. ومثال ما له خطر العدم أو الوجود: بيع الحمل الموجود، وبيع الثمر والزرع قبل ظهوره، ودليل البطلان: أن النبي ﷺ «نهى عن بيع حبل الحبلة»[1] أي نتاج النتاج. ونهى أيضاً عن بيع المضامين (ما في أصلاب

---

(١) رواه مالك والجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) ما عدا ابن ماجه، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

الذكور) والملاقيح[١] (ما في بطون الإناث) وعن بيع الثمر قبل بدو صلاحه[٢].

ويلحق بالمعدوم عند الشافعية والحنابلة: بيع لؤلؤ في صدف، وبيع اللبن في الضرع، وبيع الصوف على ظهر الغنم، ومنه بيع الكتاب قبل طبعه.

ويرى الحنفية ما عدا أبا يوسف أن بيع اللبن في الضرع، واللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم فاسد، للجهالة، وللنهي عنه.

وأجاز الإمام مالك بيع الصوف على ظهر الغنم، لأنه مشاهد يمكن تسليمه، وبيع اللبن في الضرع في الغنم السائمة التي لا يختلف لبنها، لا في الشاة الواحدة، أياماً معلومة، إذا عرف قدر حلابها، لسقي الصبي، مثل لبن الظئر، لتسامح غالب الناس به أياماً معلومة غالباً.

وأجاز ابن تيمية وابن القيم بيع المعدوم عند العقد، إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، لعدم ثبوت النهي عن بيع المعدوم لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة، وإنما ورد النهي عن بيع الغرر: وهو ما لا يقدر على تسليمه.

٢- بيع معجوز التسليم

اتفقت المذاهب الأربعة على أنه لا ينعقد بيع معجوز التسليم عند العقد، ولو كان مملوكاً، كالطير الذي طار من يد صاحبه، ولو قدر على التسليم في المجلس، لا يعود جائزاً، لأنه وقع باطلاً.

ويبطل البيع أيضاً إذا جعل معجوز التسليم ثمناً، لأن الثمن إذا كان عيناً (شيئاً معيناً) فهو مبيع في حق صاحبه.

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر أيضاً.

(٢) حديث مرفوع رواه الطبراني في معجمه، والدارقطني والبيهقي عن ابن عباس قال: «نهى النبي ﷺ أن يباع تمر حتى يُطْعَم، أو صوف على ظهر، أو لبن في ضِرْع، أو سمن في لبن».

ودليل البطلان: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»[١]. وروى أبو سعيد الخدري «أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق (الهارب) وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن شراء ما في ضروعها، وعن شراء الغنائم حتى تقسم»[٢].

وإذا قدر البائع على التسليم في المجلس لا يعود عند الحنفية جائزاً، لأنه وقع باطلاً.

وإذا كان الطائر يذهب ويعود كالحمام الأهلي، لا يجوز بيعه أيضاً عند الحنفية في ظاهر الرواية، لعدم القدرة على التسليم في الحال.

٣- بيع الدين

الدين: ما يثبت في الذمة، كثمن مبيع وبدل قرض ومهر امرأة، وأجرة مقابل منفعة، وأرش[٣] جناية، وغرامة متلف، وعوض خلع، ومسلم فيه.

وبيع الدين إما في الحال وإما نسيئة.

أما بيع الدين **نسيئة** (أي لأجل): فهو بيع الكالئ بالكالئ، أي بيع الدين بالدين، فإن الكالئ هو ما تأخر قبضه، وهو ممنوع وباطل بالإجماع لأنه من أمثلة الربا، وبالحديث المروي: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»[٤]، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، سواء كان البيع للمدين أو لغير المدين[٥].

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي والنَّسائي وابن ماجه، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٣) الأرش: العوض المالي المقدر شرعاً، عوضاً عن الجناية التي ألحقت بعضو ما.

(٤) رواه الدارقطني عن ابن عمر، وصححه الحاكم على شرط مسلم، ورواه الطبراني عن رافع بن خديج رضي الله عنه، تفرد به موسى بن عبيدة الربذي، وفيه كلام (نيل الأوطار ١٥٦/٥).

(٥) أصول البيوع الممنوعة للشيخ عبد السميع إمام: ص ١١٥ - ١١٧

وبيع الدين للمدين: مثل أن يكون لشخص على آخر دين مقداره مئة دينار، فاتفق الدائن مع المدين على أن يتنازل عن هذا المبلغ مقابل أخذ عشرين رطلاً من السكَّر من المدين بعد شهر أو شهرين، وهذه الصورة تسمى «فسخ الدين بالدين» لأن ما في ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ وزال بالتزامه ديناً آخر بدله.

وبيع الدين لغير المدين: مثاله أن يكون لرجل دين، وهو مئة دينار، فيشتري به من رجل آخر خمسين رطلاً من الأرز، يقبضها منه بعد شهر.

وأما **بيع الدين نقداً في الحال**: ففيه تفصيل:

أ - فإن كان بيعاً للدين إلى المدين: فأجازه جمهور الفقهاء غير الظاهرية لأن المانع من صحة بيع الدين بالدين هو العجز عن التسليم، ولا حاجة إلى التسليم في هذه الحالة، لأن ما في الذمة مسلَّم له.

ب - وإن كان بيع الدين لغير المدين: فلا يجوز في رأي الحنفية والظاهرية[١]، لأنه معجوز التسليم، أي إن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه في حق البائع.

وأجازه بعض الشافعية، والمعتمد عندهم أنه لا يجوز[٢]، كما أنه لا يجوز عند متقدمي الحنابلة[٣]، للعجز عن التسليم، أما الأموال الربوية من نقود ومطعومات عند الشافعية فيحرم بيع بعضها ببعض أي استبدالها بغيرها، لأن الاستبدال مقيد بوقوع التقابض في مجلس العقد، كما يحرم عند الحنفية والحنابلة بيع المكيلات والموزونات ببعضها أيضاً من غير تقابض في المجلس.

---

(١) البدائع ١٤٨/٥، المحلى ٧/٩ وما بعدها.

(٢) المجموع للنووي ٢٩٧/٩ - ٣٠٠، أسنى المطالب ٨٥/٢، بجيرمي الخطيب ٢٠/٣، إعانة الطالبين للسيد البكري الدمياطي ٤٠/٣ - ٤١

(٣) كشاف القناع ٣٣٧/٤، غاية المنتهى ٨٠/٢ وما بعدها.

وأجاز المالكية[١] بيع الدين لغير المدين بشروط ثمانية تبعده عن الربا والغرر (الاحتمال) وأي محظور آخر، كبيع الطعام قبل قبضه، وتختصر هذه الشروط في شرطين:

الأول - ألا يؤدي البيع إلى محظور شرعي كالربا والغرر ونحوهما.

الثاني - أن يغلب على الظن الحصول على الدين، بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد، وأن يكون أهلاً للالتزام بالدين بألا يكون قاصراً، ولا محجوراً عليه، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة، حتى لا يتضرر المشتري، أو حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتمكين خصمه منه.

والخلاصة: أنه باتفاق المذاهب الأربعة لا يجوز شراء دين قيمته سبعون ألف دينار مؤجلة بستين معجلة، أو أن يبيع شخص ديناً له على شخص آخر بالتأخير، فهو بيع دين بدين أو كالئ بكالئ، وهو ممنوع اتفاقاً، ولا يجوز أيضاً فسخ دين بدين، كأن يدفع المدين للدائن ثمرة يجنيها أو داراً يسكنها لتأخر القبض في ذلك، واشتماله على الربا، كما لا يجوز بيع كل معدوم بمعدوم.

ويجوز بيع الدين ممن هو عليه (المدين) بعين حاضرة أو بشيء حالّ لا بمؤجّل.

٤- بيع الغرر

الغرر في اللغة: الخطر أو الاحتمال أو الخداع، واصطلاحاً: هو ما كان مستور العاقبة، وبيع الغرر: هو العقد الذي يتضمن خطراً يلحق بأحد المتعاقدين، فيؤدي إلى ضياع ماله. أو هو بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود.. وهو ممنوع اتفاقاً، لما فيه من مغامرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار، ولما رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»، وروى أحمد عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر».

---

(١) شرح الخرشي ٥/ ٧٧، بداية المجتهد ٢/ ١٤٦، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٦٣

والغرر الذي يبطل العقد هو: غرر الوجود: وهو كل ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم. أما غرر الوصف فمفسد للبيع في رأي الحنفية، كما تقدم.

قال النووي رحمه الله: النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع، يدخل تحته مسائل كثيرة جداً، ويستثنى من بيع الغرر أمران:

أحدهما: ما يدخل في المبيع تبعاً، بحيث لو أفرد لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء، واللبن في الضرع تبعاً للدابة.

والثاني: ما يتسامح بمثله عادة، إما لحقارته، أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه كدخول الحمام بالأجر، مع اختلاف الناس في الزمان، ومقدار الماء المستعمل، وكالشرب من الماء المحرز، وكالجبة المحشوة قطناً[١].

والنوع الثاني هو الغرر اليسير، وهو متفق على جواز البيع المشتمل عليه.

أما الغرر الفاحش: فهو ممنوع، ولا يصح البيع المشتمل عليه، كبيع اللبن في الضرع، والصوف على الظهر في رأي الأكثرين، واللؤلؤ في الصدف، والسمك في الماء والطير في الهواء قبل صيدهما، وبيع مال الغير على أن يشتريه فيسلّمه.

ومن بيوع الغرر الممنوعة اتفاقاً ما كان في الجاهلية وهي: بيع المضامين والملاقيح، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة[٢]، وبيع ضربة القانص (مثل: بعتك ما يخرج بهذه الشبكة مرة بكذا) وبيع ضربة الغائص (مثل: بعتك ما أخرجته بهذه الغوصة بكذا).

ومنها: بيع المزابنة: وهو بيع الرطب أو العنب على النخل أو الكرمة بتمر مقطوع أو زبيب كيلاً. جاء في القاموس: الزبن: بيع كل ثمر على شجره بثمر كيلاً، أو بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر. ومثله بيع الزرع بالحنطة كيلاً.

---

(١) المجموع ٩/ ٢٨٠ وما بعدها.

(٢) بيع الملامسة: مثل بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته أو إن لمسته أو أي ثوب لمسته فهو لك، وبيع المنابذة: مثل إن أو متى نبذت هذا أو أي ثوب نبذته لك فهو لك بكذا، وبيع الحصاة: أن يقول: ارم بهذه الحصاة، فعلى أي متاع هنا وقعت فهو لك أو ما بلغته الحصاة من الأرض.

وبيع المحاقلة: وهو بيع الحنطة في سنبلها بحنطة، أو هو بيع الزرع قبل بدو صلاحه، أو بيعه في سنبله بالحنطة.

وكلا هذين البيعين ممنوع، لأن النبي ﷺ «نهى عن المزابنة والمحاقلة»[1] لما في ذلك من الربا لجهالة مقدار المبيع، ومبادلته بمجهول، ومن المعلوم أن الرطب والعنب من الأموال الربوية، فلا يجوز بيعها بجنسها إلا متماثلين.

لكن يجوز بيع العرايا[2] للحاجة في رأي الجمهور غير الحنفية وهو: بيع الرطب على النخل خرصاً (تخميناً) بتمر في الأرض كيلاً، أو بيع العنب على الشجر خرصاً بزبيب في الأرض كيلاً، فيما دون خمسة أوسق (٦٥٣ كغ) بشرط التقابض في المجلس عند المالكية.

وأجاز الحنفية بيع العرايا للضرورة فقط.

ومنها بيع المعاومة وهي: بيع الشجر أعواماً كثيرة، وبيع السنين: وهو أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة في عقد واحد، وكلاهما لا يجوز، لأنه بيع غرر، لكونه بيع ما لم يوجد، لحديث جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة[3]». وفي لفظ بدل «المعاومة»: «وعن بيع السنين»[4].

٥- بيع النجس والمتنجس

اتفق الفقهاء على أنه لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة والدم؛ لأنها ليست

(١) رواه البخاري ومسلم من حديث جابر وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما.

(٢) العرايا: جمع عرية وهي النخلة المعراة والتي أكل ما عليها.

(٣) المخابرة: المزارعة وهي: العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها، ويكون البذر من مالكها، أو هي المعاملة بأن يزرع على النصف ونحوه. وعند الشافعية هي: العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل.

(٤) متفق عليه بين أحمد والشيخين.

بمال أصلاً، لقوله ﷺ: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[١].

ولا ينعقد أيضاً عند الجمهور (غير الحنفية) بيع الكلب ولو كان معلَّماً، لحديث أبي مسعود الأنصاري: «نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن»[٢].

ولا ينعقد كذلك عند **الجمهور** بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كزيت وعسل وسمن وقعت فيه نجاسة، ويجوز بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره كثوب.

ولا ينعقد أيضاً عندهم بيع ما نجاسته أصلية كالزبل من غير مأكول اللحم في رأي المالكية، وأي زبل في رأي الشافعية والحنابلة، وكالعَذِرة وعظم ميتة وجلدها. وأجاز المالكية: بيع روث البقر والغنم والإبل ونحوها للحاجة إليها لتسميد الأرض وغيره من أنواع الانتفاع.

ولا يجوز عندهم بيع السرجين ونحوه من النجاسات، وما لا منفعة فيه كالحشرات وسباع البهائم التي لا يصطاد بها كالأسد والذئب، ولا المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل والدبس، ويصح بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره كالثوب ونحوه.

ويكره عند **الحنفية** بيع العذِرة، ويصح عندهم بيع السرجين (الزبل) والبعر، لأنه منتفع به، وبيع المخلوط كالزيت الذي خالطته نجاسة، وبيع كل ذي ناب من السباع كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها، لأنه ينتفع به حقيقة في الحراسة والصيد، فكان مالاً.

ويصح بيع الحشرات وهوام الأرض كالحيات والعقارب. ويصح بيع المتنجس

(١) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد (الجماعة) والموطأ عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) رواه الجماعة.

والانتفاع به في غير الأكل كالدبغ والدهان والاستضاءة به في غير المسجد، ما عدا دهن الميتة، فإنه لا يحل الانتفاع به.

والضابط عند الحنفية: أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً، فإن بيعه يجوز، لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان، لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٩].

٦- بيع العربون

هو أن يشتري الرجل شيئاً، فيدفع إلى البائع من ثمن المبيع مبلغاً من المال، على أنه إن نفَّذ البيع بينهما، احتسب المدفوع من الثمن، وإن لم ينفِّذ يجعل هبة من المشتري للبائع. فهو بيع يثبت فيه **الخيار** للمشتري: إن أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن ردَّ البيع فقد العربون، ومدة الخيار غير محددة بزمن. وأما البائع فإن البيع لازم له. وعرفه الإمام مالك بما يشمل الإجارة.

وحكمه عند الجمهور (غير الحنابلة) أنه ممنوع، فاسد عند الحنفية، باطل عند غيرهم، لأن «النبي ﷺ نهى عن بيع العربان»[1]، ولأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض، ولأن فيه شرطين فاسدين: شرط الهبة، وشرط الرَّد على تقدير ألا يرضى المشتري، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض، فلم يصح، كما لو شرطه لأجنبي، ولاشتماله على خيار مجهول المدة.

وأجازه الحنابلة، لما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، من حديث زيد بن أسلم أنه «سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله»[2]، وما رواه نافع بن عبد الحارث: «أنه اشترى دار السجن من صفوان بن أمية، بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر كان البيع نافذاً، وإن لم يرضَ فلصفوان أربع مئة درهم». وجرى به

(١) حديث منقطع رواه مالك في الموطأ، وأحمد والنَّسائي وأبو داود، وفيه راوٍ لم يسمّ، وسمي في رواية، فإذا هو ضعيف، وفيه طرق لا تخلو من مقال، رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) حديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن يحيى، وهو ضعيف.

العرف في التعامل الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار.

٧- بيع الماء

الماء إما مباح أو غير مباح، والمباح حق لجميع الناس ينتفعون به كماء البحار والأنهار العامة، لقوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار»(١).

وغير المباح أو المملوك هو: ما يدخل تحت الملكية الخاصة، لفرد أو لجماعة، ويشمل الماء المخصص لجماعة كأهل قرية، والماء المحرز في الأواني.

وحكم بيع الماء أنه بالاتفاق يستحب بذل الماء بغير ثمن، حتى ولو كان مملوكاً، ولا يجبر المالك على بذل الماء، إلا في حال الضرورة لإنقاذ من اشتدَّ به العطش وخاف الموت، فيجب سقيه، فإن منعه فله أن يقاتل عليه.

وأجاز الجمهور بيع الماء غير المباح كماء البئر والعين والمحرز في الأواني وغيرها، للحديث الصحيح: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه اشترى بئر رُومة من يهودي في المدينة، وسبَّلها أي وقفها على المسلمين، بعد أن سمع النبي ﷺ يقول: «من يشتري بئر رومة، فيوسع بها على المسلمين وله الجنة»(٢)، ولأن بيع الماء المباح مثل بيع الحطب بعد إحرازه، فإن النبي ﷺ أقر الاحتطاب وبيع الحطب(٣).

ولا يحل عند الظاهرية بيع الماء مطلقاً، لأن النبي ﷺ قال: «لا يباع فضل الماء ليباع به الكلأ»(٤)، وصح «أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء»(٥). ونوقش ذلك

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن أبي شيبة عن رجل من الصحابة، ورواه ابن ماجه عن ابن عباس، ورواه الطبراني عن ابن عمر رضي الله عنهم.

(٢) نيل الأوطار ١٤٦/٥

(٣) رواه أحمد والبخاري ومسلم والنَّسائي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا ابن ماجه، وصححه الترمذي عن إياس بن عبد، ورواه أحمد وابن ماجه عن النبي ﷺ مثله.

بأنه معارض بحديث شراء بئر رومة، أو بأن النهي محمول على حالة خاصة وهي: ما قصد ببيع الماء حماية الكلأ الذي حوله، ويحتاج إليه الرعاء لرعي مواشيهم له.

أنواع البيع الفاسد

للبيع الفاسد عند الحنفية أمثلة كثيرة أهمها ثلاثة عشر نوعاً وهي ما يأتي:

١- بيع المجهول

بيع المجهول جهالة فاحشة (وهي التي تفضي إلى المنازعة) فاسد، لأن هذه الجهالة مانعة من التسلم والتسليم، فلا يحصل مقصود البيع.

أما المجهول جهالة يسيرة (وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة) فيصح بيعه، ولا يفسد به البيع، لأن هذه الجهالة لا تمنع من التسلم والتسليم، فيحصل مقصود البيع.

والعرف هو المحكَّم في بيان نوع الجهالة، فإذا لم يبين جنس المبيع أو نوعه أو «ماركة» الآلة، فتكون الجهالة فاحشة. وأما بيع رطل من صبرة حب معينة، أو ثوب من عِدْل ثياب متشابهة، ففيه جهالة يسيرة.

وبيع واحد من شيئين أو ثلاثة فقط مع اشتراط الخيار للمشتري في أخذ واحد ورد الباقي، وهو المعروف بخيار التعيين: جائز استحساناً للحاجة، والحاجة تتحقق بالتحري في ثلاثة أشياء، لتردد الأصناف في العادة بين جيد ووسط ورديء، وما زاد عن ذلك فلا حاجة إليه، فيكون بيع واحد من أربعة مثلاً فاسداً، للجهالة الفاحشة وعدم الحاجة إليه.

حالات الجهالة الفاحشة: هي في الغالب أربع وهي:

الأولى - جهالة المبيع: جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة للمشتري.

الثانية - جهالة الثمن: كبيع هذا الثوب بقيمته، وشراء هذا الشيء بحكم فلان أو بحكم أحد العاقدين، فالبيع فاسد، لأن القيمة مجهولة وتختلف باختلاف

المقومين، فيكون الثمن مجهولاً، ولأنه لا يدري بماذا يكون حكم فلان أو العاقد، ومثل بيع شيء بأحد نوعين من الحبوب رطل حنطة أو رطلين شعير، يكون البيع فاسداً، لأن الثمن مجهول. ومثل بيع الشيء بخمسة نقداً وبسبعة مؤجلاً، فقبل دون تحديد أحد الوصفين، فالبيع فاسد، لعدم استقرار الثمن على وصف. وهو الذي ورد فيه النهي، فقد نهى الرسول ﷺ عن البيعتين في بيعة.

والبيع برأس مال مجهول أو بالرقْم أي بما طبع عليه دون معرفة المشتري به: فاسد، فإن علم المشتري به في مجلس البيع، عاد جائزاً استحساناً، لزوال الجهالة في المجلس.

ولا يصح البيع عند الجمهور بما ينقطع عليه السعر في السوق، أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان، لجهالة الثمن. وصورته في رأي ابن القيم مثل بيع الاستجرار عند الحنفية، وهو البيع ممن يعامله من خبَّاز أو لَحَّام أو سَمَّان أو غيرهم، يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً، ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثمنه، منعه الأكثرون، وجعلوا القبض به غير ناقل للملك، وهو قبض فاسد، يجري مجرى المقبوض بالغصب، لأنه مقبوض بعقد فاسد. وهو صحيح في رأي ابن تيمية وابن القيم، وهو منصوص الإمام أحمد، فغاية البيع بالسعر: أن يكون بيعه بثمن المثل كالنكاح بمهر المثل والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمام، والإجارة بأجرة المثل، ولا تقوم مصالح الناس إلا به[1].

الثالثة - جهالة الأجل: كالبيع إلى أجل كذا أو كذا، يفسد البيع، لأن الأجل مجهول، والبيع بخيار شرط مجهول المدة.

ولو باع إلى قدوم الحاج أو موسم الحصاد أو القطاف أو الجزاز (جزّ الصوف): البيع فاسد لوجود الغرر بسبب جهالة المبيع، ولإفضاء هذه الجهالة إلى النزاع، وأجاز المالكية هذا البيع، لأنها آجال معروفة[2].

(١) أعلام الموقعين ٤/ ٥ - ٦، ط محي عبد الحميد.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ١٥

الرابعة - الجهالة في وسائل التوثيق: كاشتراط البائع تقديم كفيل أو رهن غير معين بالثمن المؤجل، البيع فاسد، لوجود الجهالة. وأجازه المالكية[١] عملاً بالعرف، وكون الجهالة يسيرة.

ويلاحظ أن الغرر أعم من الجهالة، فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهولاً، فقد يوجد الغرر دون جهالة، كشراء الآبق المعلوم الصفة.

٢- البيع المعلق على شرط، والبيع المضاف

البيع المعلق على شرط هو: ما علق وجوده على وجود أمر آخر، ممكن الحصول بإحدى أدوات التعليق، مثل إن، وإذا، ومتى ونحوها، مثل بعتك هذه الدار إن قدم فلان من السفر، أو إن باع لي فلان داره.

والبيع المضاف: هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثل: بعتك هذه الأرض من أول السنة الجديدة (كذا).

هذان البيعان فاسدان عند الحنفية، باطلان عند غيرهم، لأن البيع من عقود التمليك للحال، فلا يقبل الإضافة للمستقبل، ولا التعليق بشرط، لما فيه من المقامرة، أي التعليق بالمخاطرة، وعلة فساد هذين البيعين: ما اشتمل عليه كل منهما من الغرر، لأنه لا يدري العاقدان في البيع المعلق متى يحصل الأمر المعلق عليه، وهل يحصل أو لا؟ وفي البيع المضاف لا يدري العاقدان كيف يكون المبيع في المستقبل، وكيف يكون رضاهما بالعقد ومصلحتهما فيه عند ترتب أثر البيع عليه.

٣- بيع العين الغائبة أو غير المرئية

العين الغائبة هي: العين المملوكة للبائع، الموجودة في الواقع، ولكنها غير مرئية.

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٤/ ٣٧٥

أجاز الحنفية بيع العين الغائبة **من غير رؤية ولا وصف**، فإذا رآها المشتري، كان له الخيار، إن شاء أنفذ البيع، وإن شاء ردّه. وأجازوا أيضاً البيع على الصفة مع ثبوت خيار الرؤية، ولو جاء **على الصفة** التي عيَّنها البائع، كشراء فرس مغطاة، وشراء متاع في صندوق، أو مقدار من الحنطة في هذا البيت، لأن وجود خيار الرؤية يرفع الغرر أو الجهالة، فلا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً.

ودليلهم حديث: «من اشترى ما لم يره، فهو بالخيار إذا رآه»[(١)].

وأجاز المالكية أيضاً بيع الغائب على **الصفة**، إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض، فإذا جاء على **الصفة** المذكورة، كان البيع لازماً، لأن هذا من الغرر اليسير.

فإن خالف الصفة المتفق عليها، فللمشتري الخيار.

لكن أجاز المالكية في المشهور بيع الغائب بلا وصف لجنسه ونوعه في حالة معينة هي «البيع على البرنامج»: وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما في الوعاء من الثياب المبيعة، دون اطلاع البائع على الجنس والنوع، والجواز للضرورة، وذلك لما في فتح الوعاء من الحرج والمشقة على البائع، فأقيمت الصفة مقام الرؤية.

ولم يجز الشافعية والحنابلة بيع الغائب، وهو ما لم يره العاقدان أو أحدهما، وإن كان المبيع حاضراً، لما فيه من الغرر، وقد نهى الرسول ﷺ - كما تقدم - عن بيع الغرر.

وأما حديث خيار الرؤية «من اشترى ما لم يره..» إلخ فهو ضعيف كما قال البيهقي وغيره، وباطل لم يصح، كما قال الدارقطني.

لكن يصح بيع المسلم فيه على الصفة، للحاجة.

---

(١) رواه الدارقطني مسنداً عن أبي هريرة، ورواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي مرسلاً عن مكحول، وهو ضعيف بالاتفاق.

وأجاز الحنفية والمالكية بيع المغيب في الأرض كالجزر واللفت والبطاطا، أو ما في رؤيته مشقة وضرر، كالأطعمة المعلَّبة، والسوائل والغازات التي لا تفتح إلا عند الاستعمال، لأن المبيع معلوم بالعادة، والغرر فيه يسير.

وأبطله الشافعية والظاهرية، لاشتماله على الغرر والجهالة المنهي عنهما.

٤- بيع الأعمى وشراؤه

أجاز الجمهور بيع الأعمى وشراءه وإجارته ورهنه وهبته، وله الخيار إذا عرفه بالجس أو الشم أو الذوق، أو بوصف المبيع كوصف الثمار على رؤوس الأشجار، ووصف الدور والأراضي، لأن الوصف يحقق التعرف على المبيع، فأشبه بيع البصير.

لكن لا يثبت الحنفية والمالكية خيار الرؤية للبائع مطلقاً، سواء كان بصيراً أو أعمى.

ولم يجز الشافعية بيع الأعمى وشراءه إلا إذا كان قد رأى شيئاً قبل العمى، لا يتغير كالحديد ونحوه، لقصور الأعمى عن إدراك الجيد والرديء، فيكون المعقود عليه بالنسبة له مجهولاً.

٥- البيع بالثمن المحرَّم

البيع بالثمن المحرم كالخمر والخنزير فاسد، وينعقد البيع بالقيمة، لأنه غير متقوم شرعاً، أي لا يباح الانتفاع به شرعاً.

أما بيع الخمر والخنزير ذاته بالدراهم فهو باطل.

والبيع في الحالتين عند الجمهور باطل.

٦- بيوع الآجال وبيع العينة

فرق المالكية بين بيوع الآجال وبيع العينة، أما بيوع الآجال فهي: بيع المشتري ما اشتراه لبائعه أو لوكيله لأجل. وبيع العينة: أن يقول شخص لآخر: اشتر سلعة بعشرة نقداً، وأنا أشتريها منك باثني عشر لأجل.

وكلا النوعين عند المالكية والحنابلة باطل.

وبيع العينة وبيوع الآجال بمعنى واحد عند غير المالكية.

وصحح الإمام أبو حنيفة والشافعية والظاهرية بيع العينة في الظاهر، لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول عند أبي حنيفة، وأركانه عند غيره، ويترك أمر النية لله تعالى وحده يعاقب عليها صاحبها.

وبيع العينة عند غير المالكية هو بمعنى البيع لأجل، وهو الذي يكون حيلة ظاهرة للقرض بالربا، بأن يبيع شخص شيئاً بثمن لأجل، ثم يشتريه في الحال. وسمي بالعينة، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً، أي نقداً حاضراً.

وعكسها مثلها، وهو: أن يبيع الشخص سلعة بثمن إلى أجل معين، ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر، أو نقداً بثمن أقل، ويدفع الثمن كله في نهاية الأجل الذي حدد في العقد الأول، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب المتاع الذي بيع بيعاً صورياً.

مثل أن يبيع شخص لآخر سلعة بـ ١٢ ل.س تدفع بعد شهر مثلاً، ثم يبيع المشتري نفسه هذه السلعة لبائعها الأول بـ ١٠ ل.س، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب السلعة، والعملية مجرد جسر للربا.

هذا العقد الثاني باطل عند المالكية والحنابلة، سدّاً للذرائع، ولحديث السيدة عائشة رضي الله عنها وهو: أن العالية بنت أيفع قالت: دخلت وأم ولد زيد بن أرقم على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: «إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمان مئة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته منه بست مئة درهم[1]، فقالت عائشة: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول ﷺ إن لم يتب»[2].

(١) أي حالّة.

(٢) رواه أحمد والدارقطني، وقال الشافعي: إنه لا يصح.

وحديث آخر: «إذا ضنَّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»[١].

وذهب أبو حنيفة: إلى أنه عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك والمشتري المقترض، لأن الثمن في البيع الأول إذا لم يستوف لم يتم البيع، فيصير الثاني مبنياً عليه، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه بعد، فيكون البيع الثاني فاسداً، لوروده على ما لم يملكه صاحبه.

وذهب الشافعي وداود الظاهري: إلى أن هذا العقد صحيح مع الكراهة، لتوافر ركنه، وهو الإيجاب والقبول الصحيحان، ولا يبطل العقد عندهما بالنية التي لا نعرفها، لعدم وجود ما يدل عليها. وهذا يتفق مع مبدئهما في الحكم على ظواهر العقود، ويترك شأن النية الآثمة إلى الله تعالى، يحاسب عليها صاحبها.

والخلاصة: أن جمهور الفقهاء غير الشافعية حكموا بفساد بيع العينة، لأنه ذريعة إلى الربا، وبه يتوصل إلى إباحة ما نهى الله عنه، فلا يصح، أي إن الباعث الخبيث يفسد العقد.

٧- بيع العنب لعاصر الخمر

يرى المالكية والحنابلة كما قرروا في بيوع الآجال والعينة أن هذا البيع باطل، ومثله بيع السلاح لأهل الحرب أو لأهل الفتنة أو لقطاع الطرق[٢]، سدّاً للذرائع، لأن ما يتوصل به إلى الحرام هو حرام، ولو بالقصد، ولقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٥/٢]، وهذا نهي يقتضي التحريم، وإذا ثبت التحريم، فالبيع باطل.

---

(١) رواه أحمد وأبو داودوالطبراني عن ابن عمر، قال الذهبي: إن هذا الحديث من مناكير عطاء الخراساني.

(٢) ومثله أيضاً نكاح التحليل.

ويرى أبو حنيفة والشافعي اللذان لا يأخذان بسد الذرائع: أنه يصح في الظاهر بيع الرطب والعنب لعاصر الخمر والنبيذ (أي لمتخذها لذلك) بأن يعلم منه ذلك أو يظنه ظناً غالباً، وبيع السلاح لباغ وقاطع طريق ونحوهما، وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية، لعدم التحقق من اتخاذه خمراً أو مقاتلة المسلمين بالسلاح، ويؤاخذ الإنسان على مقاصده، دون العقد نفسه.

أما إذا شك البائع في إيقاع المعصية أو توهمه، فالبيع مكروه[١].

٨- البيعتان في بيعة أو الشرطان في بيع واحد

هما بمعنى واحد، بأن يقول البائع للمشتري: بعتك السلعة بألفين نسيئة (لأجل) وبألف نقداً، فيقول المشتري: قبلت، دون أن يحدد جهة القبول أهو نقداً أو مؤجلاً، فإن حدَّد أو عيَّن نوع الصفقة، صح البيع.

أو يقول البائع لغيره: بعتك هذه الدار على أن تبيعني أرضك الفلانية والصورتان ممنوعتان شرعاً، للنهي عنهما، في حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة»[٢]، وحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يَضْمَن، ولا بيع ما ليس عندك»[٣]، ولاشتمال الصورة الأولى على غرر بسبب الجهل بمقدار الثمن، ومنعاً في الصورة الثانية من استغلال حاجة الآخرين.

وفسر الشرطان في بيع: بأن يقول: بعتك هذه السلعة بألف نقداً أو بألفين

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٧ - ٣٨

(٢) رواه أحمد والترمذي والنَّسائي، وصححه الترمذي وابن حبان (سبل السلام ٣/ ١٦).

(٣) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وربح ما لم يضمن بأن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها، أي ما لم يقبض المشتري من البائع الأول (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١٧٩).

نسيئة (مؤجلاً) فهذا بيع واحد تضمن شرطين، يختلف المقصود فيه باختلافهما. ولا فرق بين شرطين وشروط. وهذا تفسير زيد بن علي وأبي حنيفة.

وفسّر أيضاً بأن يقول: بعتك ثوبي بكذا، وعلي قصارته أو خياطته. وهذا فاسد عند أكثر العلماء فلا فرق عندهم بين الشرط والشرطين، وقال أحمد: إنه صحيح، فهو يجيز الشرط الواحد، ولا يجيز شرطين أو أكثر، فيصح مثلاً أن يقول: بعتك ثوبي على أن أخيطه، ولا يصح أن يقول: على أن أقصره وأخيطه.

أما الفقهاء، فقال الحنفية: البيع فاسد، لأن الثمن مجهول، لما فيه من تعليق وإبهام دون أن يستقر الثمن على شيء واحد، أهو حالاً أو مؤجلاً؟ فلو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين، صح العقد.

وقال الإمام مالك: يصح هذا البيع ويكون البيع بيع خيار، وينصرف العقد إلى إحدى الحالتين.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن هذا العقد باطل، لأنه من بيوع الغرر، بسبب الجهالة، لأن البائع لم يجزم ببيع واحد، ولأن الثمن مجهول، ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم، فلم يصح.

٩- بيع الأتباع والأوصاف بنحو مقصود

هو أن يبيع شيئاً تبعاً لغيره، مثل بيع ألية أو لحم من الشاة الحية، وذراع من ثوب، ورأس من حيوان، وجذع من سقف، وآجر من حائط.

كل هذه الأمثلة ما عدا بيع الذراع من الثوب، البيع فيها باطل غير منعقد؛ لأنه بيع لمعدوم، لأن اللحم لا يصير لحماً إلا بالذبح والسلخ.

أما بيع ذراع من ثوب: فإن كان يضره التبعيض كالثوب المهيأ للبس كالقميص، كان العقد فاسداً؛ لأنه تبع لغيره، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر لم يوجبه العقد، وهو قطع الثوب أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري العقد، وسلّمه إلى المشتري، عاد العقد صحيحاً، لزوال المفسد قبل نقض البيع.

وإن كان المبيع لا يضره التبعيض، مثل مدّ أو رطل من صبرة، جاز البيع، لأنه ليس في التبعيض ضرر، وليس المبيع أيضاً تبعاً لغيره.

١٠- بيع الشيء قبل قبضه

لا يجوز في رأي الشافعية ومحمد بن الحسن وزفر بيع ما لم يستقر ملكه عليه قبل قبضه، عقاراً كان أو منقولاً، عملاً بعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، في الحديث المتقدم عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما الذي جاء: «.. ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»[١]، وهذا البيع من قبيل بيع ما لم يضمن، لأن معناه: لا يحل أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها مثل أن يشتري متاعاً، ويبيعه إلى آخر قبل قبضه من البائع، فهذا البيع باطل، وربحه لا يجوز، لأن المبيع في ضمان البائع الأول وليس في ضمان المشتري، لعدم القبض. فقوله: «ما لم يضمن» قيل معناه: ما لم يملك وذلك هو الغصب، وقيل معناه: ما لم يقبض، وهو الظاهر، وحكمة النهي: الشبه بالربا، لأن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض بعد أن دفع دراهمه للبائع في سلعة، كأنما دفع دراهمه واستفاد بها ربحاً بمجرد دفعها للبائع دون القيام بعمل ما.

وقصر الحنفية النهي على المبيع المنقول قبل القبض - والنهي يوجب فساد المنهي عنه - لأنه هو الذي يحتمل الهلاك، مما يؤدي إلى بطلان البيع الأول وفسخ الثاني، وقد نهى الرسول ﷺ - كما تقدم - عن بيع فيه غرر.

وأما العقار كالأراضي والدور، فيجوز بيعه قبل القبض في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، لأنه لا يتوهم هلاك العقار، ولا يخاف تغيره غالباً بعد وقوع البيع وقبل القبض.

وأما المالكية: فاقتصروا على أنه لا يجوز بيع الطعام قبل القبض، ربوياً كان أو

---

(١) رواه الخمسة إلا ابن ماجه، فإن له منه: «ربح ما لم يضمن، وبيع ما ليس عندك» (جامع الأصول رقم ٣٦٣، سبل السلام ٣/ ١٦، منتقى الأخبار ونيل الأوطار ٥/ ١٧٩).

غير ربوي[1] للحديث الثابت: أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»[2].

وأما غير الطعام فيجوز بيعه قبل قبضه، لغلبة تغير الطعام، بخلاف ما سواه، وأخذاً بمفهوم الحديث السابق. وعلة المنع: أنه قد يتخذ بيع الطعام ذريعة للتوصل إلى ربا النسيئة، فهو شبيه ببيع الطعام بالطعام نَسَاءً.

وضيق الحنابلة المنع أيضاً فقالوا: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً، لسهولة قبض المكيل والموزون والمعدود عادةً، فلا يتعذر عليه القبض. واستدلالاً بمفهوم حديث النهي عن الطعام المتقدم، ولم يصح غيره من الأحاديث. واشتراط الكيل أو الوزن أو العدد، لأن المكيل والموزون والمعدود لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن أو العدد، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع ما لم يضمن، فتكون العلة في منع هذا البيع هي الغرر، كما قال الحنفية.

١١- تأجيل المبيع المعين والثمن المعين

إذا اشترط لتسليم المبيع أو الثمن المعين، كان البيع فاسداً، لأن الأصل وجوب التسليم حال العقد في عقد المعاوضة، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال، فكان مغيراً مقتضى العقد، فيوجب فساد العقد[3].

ولكن يجوز تأجيل المبيع في عقد السلم، وتأجيل الثمن الثابت ديناً في الذِّمة إن كان الأجل معلوماً كبيع شيء لشخص وتأجيل الثمن عنه، لأن التأجيل يلائم الديون، ولا يلائم الأعيان، لمساس حاجة الناس إليه في الديون، لا في الأعيان، لتمكين صاحب الأجل من اكتساب الثمن في المدة المعينة، ولا حاجة لهذا في الأعيان.

---

(١) أي المقتات المدخر وغير المقتات كالفاكهة والخضروات.

(٢) فيه حديثان، حديث ابن عباس رواه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه، وحديث ابن عمر.

(٣) ردّ المحتار مع الدّر المختار ١٢٥/٤

١٢- البيع بشرط فاسد أو مفسد

هو عند الحنفية الشرط الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولا ورد به الشرع، ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد العاقدين، كشراء حنطة على أن يطحنها البائع، أو قماش على أن يخيطه البائع قميصاً، أو على أن يترك المبيع في دار البائع شهراً، أو بيع دار على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة، أو دابة على أن يركبها شهراً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً أو يهب له هبة ونحو ذلك.

فالبيع في هذه الأمثلة فاسد، لأن زيادة منفعة مشروطة في العقد، تكون ربا، باعتبارها زيادة لا يقابلها عوض في البيع، وهو معنى الربا[١].

ومحترزات هذه القيود تجعل العقد صحيحاً، فالشرط الذي يقتضيه العقد كاشتراط تسليم المبيع على البائع، أو تسليم الثمن على المشتري: شرط صحيح، غير فاسد ولا مفسد.

وكذا الشرط الذي يلائم مقتضى العقد، كاشتراط تقديم كفيل معين أو رهن معين بالثمن المؤجل، لا يفسد العقد، لأن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم البيع، ويؤيد التسليم.

والشرط الذي ورد به الشرع كشرط الأجل وخيار الشرط لأحد العاقدين: صحيح، لورود الشرع بجوازه.

والشرط الذي جرى به العرف كبيع نعل على أن يضع له البائع الشراك (الرباط) شرط صحيح، لا يؤدي إلى منازعة بين العاقدين، فلا يفسد البيع.

والشرط الفاسد يفسد المعاوضات المالية، ولا يفسد التبرعات في مذهب الحنفية، سواء اقترن بالعقد أو لحق به في رأي الإمام أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه في الشرط الملحق.

---

(١) ردّ المحتار لابن عابدين ١٢٧/٤ وما بعدها.

والشرط اللغو أو الباطل: وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كبيع شيء بشرط ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه، البيع جائز، والشرط لاغٍ باطل، لأنه لا منفعة فيه لأحد، فلا يوجب الفساد.

مذهب المالكية في الشرط فيه تفصيل:

- إن اقتضى الشرط منع المشتري من تصرف خاص أو عام، كشرط ألا يبيع المبيع أو لا يهبه، فيبطل البيع والشرط، لأنه تقييد لحقوق المشتري في المبيع.

- وإن اشترط البائع شرطاً يخل بالثمن، جاز البيع، وبطل الشرط، كأن يشترط «إن لم يأته بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما» أو يقول البائع للمشتري: «متى جئتك بالثمن رددت إلي المبيع» وهو بيع الوفاء عند الحنفية.

- وإن اشترط البائع منفعة لنفسه، كركوب الدابة أو سكنى الدار المبيعة مدة معلومة كشهر أو سنة، جاز البيع والشرط، عملاً بحديث جابر الذي باع جمله للنبي ﷺ، واشترط حُملانه عليه إلى المدينة[1].

مذهب الشافعية في الشرط: هو الآتي:

- إن كان الشرط مما يقتضيه العقد، كتسليم المبيع والرد بالعيب ونحوهما، صح العقد والشرط، لأن الشرط مبين لما يقتضيه العقد.

- وإن كان الشرط لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة لأحد العاقدين تلائم مقتضى العقد، كالخيار والأجل والرهن والكفالة، صح الشرط والعقد أيضاً، لأن الشرع ورد بجوازه، ولأن الحاجة تدعو إليه.

- أما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد ولا تلائمه، كاشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع أو لا يهبه، أو أن يبيعه شيئاً أو يقرضه مبلغاً من المال، أو أن يسكن الدار المبيعة مدة، أو اشتراط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب الذي اشتراه منه، أو يحصد له الزرع الذي اشتراه منه، أو يحذو له قطعة

---

(١) حديث متفق عليه بين أحمد والشيخين عن جابر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/١٧٨).

الجلد التي اشتراها، ففي جميع هذه الأمثلة، يكون البيع باطلاً، للحديث المروي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع وشرط»[١]. أي إنهم لم يتعرضوا لشرط جرى به العرف.

مذهب الحنابلة في الشرط فأكثر:

القاعدة عندهم خلافاً للمذاهب الأخرى أنه لا يبطل العقد بشرط واحد، ولكن يبطل بالشرطين فأكثر، لحديث عبد الله بن عمرو المتقدم: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك».

والمراد بالشرطين: ما ليسا من مصلحة العقد، كشراء ثوب والاشتراط على البائع خياطته وقصارته، أو شراء طعام واشتراط طحنه وحمله على البائع، فإن اشترط شرط واحد من هذين الشرطين، فالبيع جائز.

والشروط عندهم أربعة أنواع هي:

١ً- ما هو من مقتضى العقد: كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال، هو شرط صحيح، لا يؤثر في العقد، كما قال بقية المذاهب.

٢ً- ما تتعلق به مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما كالأجل والخيار والرهن، والضمين أو الكفيل، والشهادة على البيع، واشتراط صفة مقصودة عادة في البيع، إنه شرط جائز يلزم الوفاء، كغيرهم من المذاهب.

٣ً- ما ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه، فهذا نوعان:

الأول - اشتراط منفعة للبائع في المبيع: فإن كان شرطاً واحداً، فلا بأس به، كاشتراط المشتري على البائع أن يخيط له الثوب المشترى، أو اشتراط حمل حزمة

---

(١) أخرجه الحاكم من رواية أبي حنيفة، وعبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (سبل السلام ٣/ ١٦).

الحطب إلى موضع معلوم أو إيصال المبيع إلى المنزل أو المتجر، أو سكنى الدار مدة شهر مثلاً، أو ركوب الدابة المبيعة إلى مكان معين، الشرط جائز عندهم، كما قرر المالكية، لحديث جابر المتقدم، وهو أن النبي ﷺ اشترى من جابر بعيراً، واشترط حُملانه عليه إلى أهله في المدينة. وهذا في غير المثال الأخير انفرد به الحنابلة.

الثاني - اشتراط عقد في عقد: كأن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه، أو يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه (يقرضه) أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، كغيرهم من المذاهب، للنهي عن بيعتين في بيعة، كما تقدم.

٤ - اشتراط ما ينافي مقتضى البيع: مثل أن يشترط ألا يبيع المبيع، أو ألا يهبه، أو أن يبيعه، أو يقفه على شخص أو جهة خيرية، الأصح عندهم أن البيع صحيح، والشرط باطل.

١٣- بيع الثمار أو الزروع قبل وجودها أو صلاحها

اتفق العلماء على أن بيع الثمار أو الزرع قبل أن تخلق لا ينعقد، للنهي في السنة النبوية عن بيع ما لم يخلق[١]، وعن بيع السنين والمعاومة[٢]، وعن بيع الغرر (الأشياء الاحتمالية المترددة بين الوجود والعدم)[٣].

واتفقوا أيضاً على جواز بيع الثمار بعد قطعها.

وفصل الفقهاء في بيع الثمار بعد أن تخلق، قبل بدو الصلاح وبعد بدوه، ولهم منهجان في ذلك.

---

(١) هذا داخل تحت النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وعن بيع حبل الحبلة، وبيع الغرر، كما تقدم.

(٢) سبق أيضاً تخريج هذا الحديث عن جابر رضي الله عنه بألفاظ متقاربة.

(٣) سبق أيضاً تخريجه.

يرى الحنفية: إما أن يكون البيع قبل بدو صلاح الزرع أو الثمر أو بعد بدوه، فإن كان البيع **قبل بدو الصلاح**[(١)]:

أ - إن كان بشرط القطع، جاز.

ب - وإن كان البيع مطلقاً عن الشرط، جاز أيضاً، لأن الترك ليس بمشروط نصاً، ولأنه مال منتفع به ولو علفاً للدواب، وهذا ما يجري الآن في تضمين (شراء) الثمار على هذا النحو.

جـ - وإن كان بشرط الترك، فالعقد فاسد، لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، وهو المشتري، ولا يلائم العقد، ولا جرى به التعامل بين الناس، وهو شرط مفسد للبيع.

وأما إن كان البيع **بعد بدو الصلاح**:

أ - فإن كان بشرط القطع جاز.

ب - وإن كان مطلقاً عن الشرط جاز أيضاً.

جـ - وإن كان بشرط الترك: فإن لم يتناه عظمه، فالبيع فاسد اتفاقاً. وإن تناهى عظمه، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف أيضاً، لأن شرط الترك فيه منفعة للمشتري، والعقد لا يقتضيه ولا يلائمه. ويرى محمد: أنه يجوز استحساناً لتعارف الناس وتعاملهم بذلك، أي بالمسامحة بالترك من غير شرط في البيع، **وبه يفتى عند الحنفية**.

أما **الثمرة المتجددة** في مدة الترك: فهي للبائع لأنها نماء ملكه، إلا أن يسامح بها المشتري. فإن اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده بحيث لا يمكن التمييز بينهما ينظر:

---

(١) بدو الصلاح أو الزهة: ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمر النخل، وظهور الحلاوة واللين والاصفرار في ثمر العنب، وفيما عدا ذلك أن يبدو النضج.

- إن كان ذلك قبل التخلية للمشتري، بطل البيع، كما ذكر الكاساني، للعجز عن التسليم بالاختلاط.

- وإن كان بعد التخلية: لم يبطل البيع، لأن التخلية قبض، والثمرة تكون بين البائع والمشتري، والقول في مقدار الزيادة قول المشتري، لأنه صاحب يد وحيازة.

ويرى بقية المذاهب

أنه إن **بدا صلاح** الثمر، أو بشرط القطع، أو بشرط الترك على الشجر، جاز البيع.

وأما **قبل بدو الصلاح**: فإن كان البيع بشرط الترك أو البقاء، فلا يصح إجماعاً، لأن «النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»[١]، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

وإن كان البيع بشرط القطع في الحال، فيصح بالإجماع، لعدم إثارة أي مشكل.

وإن كان البيع قبل بدو الصلاح مطلقاً دون اشتراط تبقية ولا قطع، فالبيع باطل، وإطلاق العقد يقتضي البقاء، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف. ودليل البطلان: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار، حتى تزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه؟»، وهذا مأمون فيما يقطع في الحال، فصح بيعه، كما لو بدا صلاحه. فإن لم يقطع وبقي، لم يصح البيع، كما تقدم، عملاً بالنهي النبوي، فإنه أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح (الزهو) فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية، يتناولهما النهي جميعاً.

---

(١) رواه الموطأ والشيخان (البخاري ومسلم) وأبو داود والنَّسائي والترمذي، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

لكن رجح ابن عابدين في رسالته (نشر العرف..) **جواز بيع الثمار مطلقاً** قبل بدو الصلاح أو بعده، إذا جرى العرف بترك ذلك، لأن الشرط الفاسد إذا جرى به العرف، صار صحيحاً، ويصح العقد معه استحساناً[١].

الخيارات

العقد اللازم كما تقدم هو: الخالي من أحد الخيارات التي تجيز لأحد العاقدين فسخه أو إمضاءه.

ومعنى الخيار: أن يكون للمتعاقد الحق في إمضاء العقد أو فسخه إن كان الخيار شرط أو رؤية أو عيب، أو اختيار أحد المبيعين إن كان الخيار خيار تعيين، وهكذا يكون مفعول الخيار بحسب نوعه.

والخيارات في رأي الحنفية سبعة عشر خياراً وهي: خيار الشرط، والرؤية، والعيب، والوصف، والنقد، والتعيين، والغبن مع التغرير، وهذه السبعة هي التي ذكرتها المجلة (م ٣٠٠ - ٣٦٠) وخيار الكمية، والاستحقاق، والتغرير الفعلي، وكشف الحال، وخيانة المرابحة، والتولية، وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع، وإجازة عقد الفضولي، وتعلق حق الغير بالمبيع بسبب كونه مستأجراً أو مرهوناً، وخيار القبول (المجلس).

وأذكر معاني هذه الخيارات، وشروطها، وأهم أحكامها، مع ملاحظة أن التغرير الفعلي يكون بحثه حالة التصرية، والخيانة تشمل خياري المرابحة والتولية.

١- خيار الوصف

هو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع، حيث فات وصف مرغوب، في بيع شيء غائب عن مجلس العقد. كأن يشتري جوهرة على أنها أصلية، فتبين أنها تقليد صناعي للأصلية.

(١) نشر العرف: ص ٣٨

وسبب الأخذ بجميع الثمن عند الحنفية: أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد.

ومشروعيته: الاستحسان المصلحي. وهو عند بقية المذاهب داخل في خيار العيب.

وشروطه ثلاثة:

١- أن يكون الوصف المشروط مباحاً شرعاً، لا حراماً.

٢- أن يكون الوصف مرغوباً فيه عادة، وإلا لغا الشرط.

٣- ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤدياً إلى جهالة فاحشة مفضية للنزاع، وإلا فسد البيع والشرط.

أحكامه:

١- خيار الوصف يورث.

٢- يبطل هذا الخيار إذا تصرف المشتري بالمبيع تصرف الملاك.

٣- يترتب عليه الحق في فسخ البيع أو استبقاء المبيع بجميع الثمن.

٢- خيار النقد

إنه فرع عن خيار الشرط، وهو أن يشترط المتبايعان في عقد البيع لأجل أنه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الأجل المعين، وهو ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما. وهو مشروع عند الحنفية والحنابلة.

والأصل فيه عدم اللزوم، أما خيار الشرط فالأصل فيه اللزوم، فإذا انتهت المدة المشروطة، دون فسخ لزم.

حالات **سقوطه**: يسقط هذا الخيار في الحالات الآتية:

١- موت المشتري المخير بخيار النقد.

٢- إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل نقد الثمن.

٣- إتلاف المشتري أو الأجنبي المبيع في مدة الخيار بعد القبض.

٤- إحداث المشتري فيه عيباً يمنع رده للبائع.

٣- خيار التعيين

هو أن يتفق العاقدان على تأخير تعيين المبيع إلى أجل، على أن يكون حق تعيينه لأحدهما، كشراء ثوب من اثنين أو ثلاثة، على أن يأخذ واحداً، في مدة ثلاثة أيام.

وهو جائز عند الحنفية استحساناً لحاجة الناس إليه، على الرغم من الجهالة، وغير جائز عند الشافعية والحنابلة.

شروطه هي:

١- أن يقتصر التخيير على شيء واحد من اثنين أو ثلاثة، لتحقق الحاجة بذلك.

٢- أن يوافق البائع صراحة عليه.

٣- أن يكون البيع في القيميات كأنواع الألبسة والمفروشات، ولا يصح في المثليات.

٤- مدته كمدة خيار الشرط، وهي: ثلاثة أيام عند أبي حنيفة، أو أكثر عند الصاحبين.

أحكامه:

١- يلزم البيع في واحد غير معين من أفراد المبيع المتفق عليها.

٢- يورث هذا الخيار عند الحنفية، خلافاً لخيار الشرط.

٣- بهلاك أحد الأشياء أو كلها يتعين الباقي. والتعييب كالهلاك.

٤- خيار الغبن مع التغرير

أجاز الحنفية هذا الخيار، وهو أن يغرر البائع المشتري أو على العكس تغريراً قولياً، وهو التغرير في السعر، أو تغريراً فعلياً وهو التغرير في الوصف، إذا كان الغبن فاحشاً.

وتغرير السعر بتحديد أكثر من قيمة الشيء، وتغرير الوصف بتزوير المبيع بما يوهم المشتري، كتوجيه البضاعة بجعل الجيد في الأعلى، والرديء في الأسفل.

وحكمه: إعطاء المغبون الحق في فسخ العقد دفعاً للضرر عنه.

ويسقط حق المغرور في الفسخ إذا تصرف المشتري في المبيع بعد اطلاعه على الغبن الفاحش.

وأجاز الحنابلة للمشتري فسخ البيع بمجرد الغبن الفاحش في أحوال ثلاثة هي:

١- **تلقي الركبان**: وهو تلقي تجار المدينة القادمين بأمتعتهم، وشراؤهم إياها، وهو حرام عند الجمهور، مكروه تحريماً عند الحنفية، لقوله ﷺ: «لا تلقوا الجلَب، فمن تلقاه، فاشترى منه، فإذا أتى السوق، فهو بالخيار»[١].

٢- **بيع النجْش**: وهو أن يزيد شخص في السلعة، دون قصد شرائها بالفعل. وهو حرام لحديث: «غبن المسترسل ربا»[٢]، ولما فيه من تغرير المشتري وخديعته. فإن زاد بغير مواطأة مع البائع، جاز ذلك، وهو بيع المزاد.

٣- **بيع المسترسل**: وهو الجاهل بالقيمة، من بائع ومشتر، ولا يحسن المماكسة، فله الخيار إذا غبن غبناً فاحشاً، ويقبل قوله بيمينه أنه جاهل بالقيمة.

وخيار الغبن كخيار العيب على التراخي عند الحنابلة.

---

(١) رواه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه البيهقي عن أنس وجابر وعلي رضي الله عنهم.

وخيار التدليس: هو بسبب التغرير، وهو نوعان:

١- كتمان العيب: وهو خيار العيب عند الحنفية.

٢- فعل يزيد به الثمن، وإن لم يكن عيباً، كتجميع مياه الطاحون عند عرضها للبيع، ليزيد دورانها بإرسال الماء بعد حبسه، فيوهم المشتري بما فعل.

وخيار العيب عند الحنابلة: يكون بسبب نقص عين المبيع، كخصاء ونحوه.

٥- خيار كشف الحال

هو أن يشتري شخص شيئاً بوزن غير معلوم القدر، أو بكيل غير معلوم المقدار، كزنة هذا الحجر، أو هذه الصبرة (الكومة) كل صاع بكذا. يكون للمشتري الخيار بين إمضاء البيع أو فسخه.

٦- خيار الخيانة

وهو الذي يثبت في بيوع الأمانة من مرابحة وتولية ونحوها إذا أخبر البائع المشتري بزيادة في الثمن ونحوها كإخباء تأجيله، ثم يظهر كذبه أو خيانته بإقرار أو برهان على ذلك، أو بنكول عن اليمين في رأي الحنفية، ويخير المشتري عند الحنفية والمالكية بين أخذ المبيع بكل ثمنه أورده لفوات الرضا، وله الحطّ من الثمن بقدر الخيانة في التولية (البيع بمثل الثمن الأول).

وليس للمشتري الخيار في رأي الشافعية والحنابلة، وإنما له الحطّ من الثمن بمقدار الخيانة.

٧- خيار تفرق الصفقة

هو الذي يثبت للمشتري بسبب تجزئة المبيع، فيكون له الخيار بين فسخ البيع واسترداد الثمن كله إن دفعه، أو أخذ باقي المبيع، مع حسم ما يقابل العيب أو الهلاك من الثمن.

ويثبت عند الحنفية بهلاك أو تعيب بعض المبيع عند البائع قبل قبض المشتري.

ويثبت عند المالكية بالتعيب أو استحقاق بعض المبيع، أو باشتمال الصفقة على حلال وحرام، كسلعة وخمر، فالصفقة باطلة.

ويثبت أيضاً عند الشافعية في أحوال ثلاثة: تلف أحد المبيعين قبل القبض، واشتمال العقد على حلال وحرام، فينفسخ البيع في التالف، ويصح في الحلال ويبطل في الحرام، واجتماع البيع والإجارة في صفقة واحدة، فيصح العقدان في الأظهر.

ويثبت كذلك عند الحنابلة في ثلاث حالات: بيع معلوم ومجهول، فلا يصح البيع فيهما، وفي بيع مشاع بين شريكين من غير إذن الشريك، فيصح البيع في مقدار نصيب البائع، وفي بيع متاعه ومتاع غيره بغير إذنه صفقة واحدة، فيصح البيع في متاعه بقسطه دون متاع غيره. وإذا تلف بعض المكيل أو الموزون قبل قبضه، أخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن.

٨- خيار إجازة عقد الفضولي

هو الثابت للمالك إذا باع غيره عنه ما يملكه بغير إذنه، وهو موقوف عند الحنفية والمالكية، ويخير المالك بين إجازة العقد، فيصير نافذاً، وبين ردّه فيبطل.

٩- خيار تعلق حق الغير بالمبيع

هو الثابت لمن له حق في المبيع من دائن مرتهن أو مستأجر، فيخير المشتري بين الفسخ وعدمه، دفعاً للضرر عن نفسه. فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشتري، وإن لم يجز ثبت للمشتري الخيار بين أن ينتظر حتى نهاية مدة الإجارة وفكاك الرهن أو الفسخ.

١٠- خيار الكمية للبائع

هو ما يثبت للبائع من حق في إمضاء البيع وفسخه بعد رؤية الثمن، إن باع بما

في يد أو وعاء المشتري. ويسمى هكذا عند الحنفية، وليس هو خيار رؤية، لأن هذا الخيار لا يثبت في النقود.

١١- خيار الاستحقاق

هو الثابت للمشتري بسبب استحقاق المبيع كله أو بعضه، ولم يجز المستحق البيع، فإن أجازه لزم البيع، لأنه لا ضرر على المشتري.

والاستحقاق: أن يدعي شخص ملكية شيء ويثبت ذلك بالبينة، ويقضي له القاضي به.

١٢- خيار القبول أو الرجوع

هو **عند الحنفية** ما يثبت للعاقد قبل إبرام العقد، فيكون للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، وللآخر الخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء ردّ.

ويقابله خيار المجلس عند الشافعية والحنابلة، عملاً بحديث: «البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر: اختر»[1]، أي اختر الفسخ أو الإمضاء واللزوم، وذلك بعد إبرام العقد مدة البقاء في مجلس العقد، ما لم يتفرق المتعاقدان بأبدانهما أو يتخايرا. وتأول الحنفية الحديث بأن المراد التفرق بالأقوال لا بالأبدان وأخذوا بعموم الآية: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١] ولم يأخذ الإمام **مالك** بهذا الحديث لأن إجماع أهل المدينة على خلافه.

١٣- خيار الشرط

هو المتفق عليه بين العاقدين لكليهما أو لأحدهما في وقت معلوم. وإذا أطلق الخيار في رأي المالكية حمل المعتاد، فلا يجوز بشرط مدة مجهولة، مثل: إلى أن تمطر السماء أو يأتي فلان.

---

(١) رواه مالك والشيخان (البخاري ومسلم).

ودليل مشروعيته حديث حَبَّان بن مُنْقِذ الذي كان يغبن في البيوع، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة[١]، ولِيَ الخيار ثلاثة أيام»[٢].

مدة خيار الشرط

للفقهاء رأيان في مدة هذا الخيار، رأي بتحديد المدة ورأي بعدم التحديد.

فيرى أبو حنيفة وزفر والشافعي: أنه لا تزيد المدة على ثلاثة أيام، عملاً بما ورد في نص الحديث المتقدم عن حبان بن منقذ، فإذا زيد عليها فسد العقد عند أبي حنيفة وزفر، وبطل عند الشافعي، لأن الوارد في الحديث رخصة، فيقتصر عليها..

والعلماء الآخرون أجازوا الزيادة على المدة الواردة في الحديث السابق، فذهب صاحب أبي حنيفة والحنابلة إلى أنه يجوز اشتراط مدة الخيار بحسب ما يتفق عليه البائع والمشتري، قلَّت المدة أو كثرت، لأن ابن عمر: أجاز الخيار إلى شهرين.

وذهب المالكية إلى أنه يجوز الخيار بقدر الحاجة، بحسب المبيعات، ففي الفاكهة التي لا تبقى أكثر من يوم لا يجوز شرط الخيار أكثر من يوم، وفي الثياب أو الدابة: ثلاثة أيام، والأرض البعيدة يجور أكثر من ثلاثة أيام، والدار ونحوها مدة شهر، لأن الخيار مشروع لحاجة العاقد، فيقدر بها.

حكم هذا الخيار

أن يجعل العقد غير لازم، ويصبح لازماً إذا سقط الخيار بعد ثبوته،

---

(١) لا خديعة ولا غبن.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنَّسائي والموطأ والحاكم والبيهقي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وإسقاطه: إما بصريح الإسقاط مثل: أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع، وإما بالإسقاط دلالة أو ضمناً، كأن يوجد تصرف يدل على إجازة البيع وإثبات الملك، كالعرض على البيع، أو البيع فعلاً، أو الرهن، أو الهبة، أو ترميم الدار أو إسكان المشتري رجلاً فيها بأجر أو بغير أجر، أو سقي المشتري الزروع والثمار ونحو ذلك، وإما بالإسقاط بطريق الضرورة، كمضي مدة الخيار دون فسخ البيع، أو موت المشروط له الخيار، أو التعرض لما هو في معنى الموت كالجنون والإغماء والنوم والسُّكْر والرِّدة واللحاق بدار الحرب، وهلاك المبيع في مدة الخيار سواء قبل القبض أو بعده، وتعيب المبيع.

حكم العقد في مدة الخيار

فيه ثلاثة آراء:

- يرى الحنفية أن البيع في مدة الخيار موقوف إلى وقت سقوط الخيار.

وهو رأي الشافعية إن كان الخيار لكلا البائع والمشتري.

- وذهب المالكية والشافعية إلى أن ملك المبيع زمن الخيار للبائع إن كان الخيار له، حتى ينقضي الخيار، وهو للمشتري إن كان له الخيار.

- ورأي الحنابلة: أن الملك ينتقل إلى المشتري زمن الخيار، سواء كان الخيار للعاقدين أو لأحدهما.

١٤- خيار العيب

هو خيار ثابت شرعاً، وبالشرط دلالة، لأحاديث كثيرة منها:

- أن النبي ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب إلا بيَّنه له»[1].

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم عن عقبة بن عامر رضي الله عنه.

- وفي حديث آخر: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بيَّن ما فيه، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بيَّنه»[(١)].

- وثبت أن النبي ﷺ مرَّ برجل يبيع طعاماً (حبّاً) فأدخل يده فيه، فإذا هو مبلول، فقال: «من غشَّنا فليس منا»[(٢)].

- وحديث التصرية[(٣)] وهو: «من اشترى شاة محفَّلة[(٤)] فوجدها مصرّاة، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام»، وفي رواية: «فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة أيام: إن شاء أمسك، وإن شاء ردَّ، وردَّ معها صاعاً من تمر»[(٥)].

والتصرية: **تغرير فعلي** في الوصف، يوجب للمغرور خياراً في فسخ العقد.

حكم البيع لشيء معيب

هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال، فإذا لم تتوافر سلامة المبيع من العيب، صار العقد غير لازم، أي يجوز فسخه، فعدم اللزوم طارئ، خلافاً لحكم خيار الشرط، عدم اللزوم فيه في أصل العقد.

العيب الموجب للخيار

هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار، نقصاناً غير يسير.

فهو إما أن يوجب نقصان جزء من المبيع أو تغييره من حيث الظاهر كالعمى

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والحاكم، وفي بعض رواته كلام، بسبب الاختلاف في تقييمه.

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أبي هريرة.

(٣) هي ربط حلمات الشاة أو الناقة، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها، فيكثر، فينخدع المشتري، ويزيد في ثمنها.

(٤) أي جمع اللبن في ضرعها.

(٥) رواه مالك في الموطأ، والجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

والعور والحَوَل والشلل والقرع والمرض المزمن ونقص إصبع، وسن ساقطة أو سوداء أو زائد، أو ظفر أسود، وصمم وخرس وبكم.. إلخ.

وإما أن يوجب النقصان من حيث المعنى كجماح الدابة، وبطء غير معتاد في سيارة ونحوها.

شروط ثبوت هذا الخيار

تشترط شروط مستمدة من الواقع وهي:

١- ثبوت الخيار عند البيع أو بعده قبل التسليم.

٢- ثبوت العيب عند المشتري بعد قبضه المبيع.

٣- جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض.

٤- عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع، كما سأبيِّن.

٥- أن تكون السلامة من العيب غالبة في مثل المبيع المعيب.

٦- ألا يزول العيب قبل الفسخ.

٧- ألا يكون العيب يسيراً مما يمكن إزالته دون مشقة ويتسامح الناس فيه عادة.

مقتضى الخيار

إذا ظهر العيب في المبيع، كان المشتري مخيراً بين إمضاء العقد، أو فسخه، اتفاقاً.

وخيار العيب في رأي الحنفية والحنابلة[1] على التراخي، فمتى علم العيب، فأخَّر الرَّد، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا، لأنه خيار لدفع ضرر متحقق، مظان على التراخي كالقصاص.

(١) الدّر المختار وردّ المحتار ٤/ ٩٣، غاية المنتهى ٢/ ٤١

ويزول الخيار عند المالكية[1] بالتقصير عند الاطلاع والمكث من غير عذر فيبطل الرَّد. وقريب من هذا الاتجاه ما رآه الشافعية[2] أن ردّ المبيع بعد العلم بالعيب على الفور، فلو علم ثم أخَّر ردَّه بلا عذر، سقط حقَّه في الرَّد. والمراد بالفور: ما لا يعد تراخياً في العادة، فإن أخَّر لأداء صلاة أو مرض أو خوف من شيء، لم يسقط حقه في الرَّد.

موانع الرَّد بالعيب

يمتنع الرَّد بالعيب للأسباب الآتية:

١- الرِّضا بالعيب بعد العلم به.

٢- إسقاط الخيار صراحة أو دلالة كالتصرف بالمبيع.

٣- وجود مانع من الرَّد، والمانع إما طبيعي كالهلاك، أو شرعي كزيادة المبيع، أو بسبب حق البائع كحدوث عيب جديد عند المشتري بعد قبضه، أو مانع بسبب حق الغير كالتصرف في المبيع.

٤- إتلاف المشتري المبيع كقتل الدَّابة وتمزيق الثوب ونحوه.

شرط البراءة من العيوب

للفقهاء اتجاهات ثلاثة في هذا الشرط: موسع ومضيق ونافٍ.

الموسع هم الحنفية الذين يجيزون البيع بشرط البراءة من كل عيب، عملاً بمبدأ التراضي.

والمضيق هم المالكية والشافعية، فإن المالكية لا يجيزون هذا الشرط إلا في عيوب الرقيق التي لا يعلم بها البائع. وقصر الشافعية مشروعية شرط البراءة عن كل عيب على كل عيب بالحيوان خاصة.

(١) الذخيرة للقرافي ١٠٣/٥

(٢) مغني المحتاج ٥٦/٢

والنافي هم الحنابلة فإنهم قالوا في الراجح: لا يبرأ البائع إلا أن يعلم المشتري بالعيب، سواء علم به البائع أو لم يعلم.

١٥- خيار الرؤية

خيار الرؤية يمنع تمام البيع، وكل من خيار الشرط والعيب يمنع لزوم البيع.

وللعلماء في مشروعية خيار الرؤية اتجاهان: مجيز وهم الجمهور، ومانع هم الشافعية.

أما الجمهور: فإن الحنفية يجيزونه للمشتري دون البائع، في شراء العين الغائبة من غير وصف أو بالوصف، فيكون للمشتري الخيار إذا رأى المبيع، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ردَّه، ودليلهم حديث أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهما: «من اشترى شيئاً لم يره، فهو بالخيار إذا رآه»(١). وأثر عن عثمان بن عفان رضي الله عنه: «أنه باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنه، ولم يكونا رأياها، فقيل لعثمان: غبنتَ، فقال: لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أره، فحكَّما في ذلك جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة»(٢).

وأجاز المالكية والحنابلة خيار الوصف للمشتري فقط إذا اشترى عيناً غائبة لا تتغير قبل القبض، بالوصف، لأنه بيع بالصفة، فصح كالسلم، فإذا جاء على الصفة، صار العقد لازماً، ولم يجيزوا البيع من غير وصف، لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»(٣).

وأما الشافعية: فلم يجيزوا خيار الرؤية، وقالوا: لا ينعقد بيع الغائب أصلاً،

(١) روي مسنداً عن أبي هريرة أخرجه الدارقطني، ومرسلاً عن مكحول مرفوعاً، أخرجه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه.

(٢) رواه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(٣) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) عن أبي هريرة رضي الله عنه، ورواه الطبراني في الكبير عن ابن عباس رضي الله عنه، وفي الأوسط عن ابن عمر وسهل بن سعد رضي الله عنهما.

سواء بالصفة أو بغير الصفة، للنهي عن بيع الغرر كما تقدم، وفي هذا البيع غرر، وتشترط رؤية المبيع في شراء ما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد، كالأرض والحديد، دون ما يتغير غالباً كالأطعمة، وتكفي رؤية بعض المبيع إن دلَّ على باقيه.

وقت ثبوت هذا الخيار

يثبت خيار الرؤية للمشتري عند رؤية المبيع، لا قبلها، فلو أجاز البيع قبل الرؤية لا يلزم البيع، ولا يسقط الخيار، وله أن يرد المبيع، لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية.

لكن الصحيح عند الحنفية أن المشتري يملك الفسخ قبل الرؤية، لا لسبب الخيار، لأنه غير ثابت، ولكن لأن شراء ما لم يره المشتري عقد غير لازم، فكان محلاً للفسخ، كالبيع الذي فيه خيار العيب.

مدة الخيار:

يثبت هذا الخيار في الأصح عند الحنفية مطلقاً في جميع العمر إلا إذا وجد ما يسقطه، لأنه خيار تعلَّق بالاطلاع على حال المبيع، فأشبه الرَّد بالعيب.

ويرى بقية المذاهب أنه كخيار العيب، يثبت على الفور بحسب الإمكان في العادة.

صفة البيع وحكمه

البيع الذي فيه خيار الرؤية غير لازم، فيخير المشتري بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة.

وحكم البيع المشتمل على هذا الخيار أنه يترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن للبائع فور تمام العقد بالإيجاب والقبول، ولكن يمنع لزوم العقد، خلافاً لخيار الشرط عند الحنفية.

شروط ثبوته

يشترط فيه شرطان:

١ - أن يكون محل العقد عيناً من الأعيان لا ديناً: فيثبت في بيع سلعة معينة، ولا يثبت في بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف، لأنه لا فائدة فيه، لوجوب التقابض في البدلين في مجلس العقد. وفي بيع العين (الشيء المعين المشخص بذاته) بالدين يثبت الخيار للمشتري فقط لا للبائع.

٢ - عدم رؤية محل العقد: فإن رآه المشتري قبل الشراء، لم يثبت له الخيار إذا كان لا يزال على حالته التي رآه فيها، وإلا كان له الخيار لتغيره.

معيار الرؤية

يكفي رؤية ما يدل على المقصود من المبيع ويفيد المعرفة به. فقد تكون الرؤية لجميع المبيع كالعدديات المتفاوتة من الدواب والثياب، أو لبعضه كظاهر الصبرة (الكومة) من الحبوب، ورؤية وجه الدابة وكفَلها (عجزها) في رأي أبي يوسف، ورؤية جميع الثوب بعد نشره على المختار عند الحنفية، ورؤية كل ما يختلف وجهه وظهره من البسط والطنافس، ورؤية ظاهر الدار وداخلها، وخارج البستان ورؤوس الأشجار، ورؤية أنموذج من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض، والمغيب في الأرض كالجزر والبصل والثوم والبطاطا.

وهذا رأي الحنفية والمالكية، أما الشافعية والحنابلة فلم يجيزوا بيع شيء مغيب في الأرض. وهذا بالنسبة للبصير.

أما الأعمى: فما يعرف بالنظر يعتمد على الوصف، وما لا يعرف بالنظر فيعتمد على الجسّ فيما يجسّ، والذوق فيما يذاق، والشم فيما يشم.

مسقطات هذا الخيار

لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط الصريح كأن يقول المشتري: أسقطت خياري، وإنما يسقط بأحد نوعين: اختياري وهو صريح الرضا أو دلالته، واضطراري.

فصريح الرضا كأن يقول: أجزت البيع أو رضيت أو اخترت.

أو ما يجري مجرى الصريح من لفظ يدل على الرضا. ودلالة الرضا: أن يوجد تصرف في المبيع بعد الرؤية، لا قبلها، يدل على الإجازة والرضا، كهبة المبيع وتسليمه لغيره، ورهن الشيء وتسليمه، وإجارته لغيره أو بيعه.

والفعل الاضطراري: هو كل ما يسقط به خيار الشرط والعيب، كموت المشتري، وإجازة أحد الشريكين دون الآخر ما اشترياه، وهلاك المبيع كله أو بعضه، وزيادته زيادة منفصلة كالولد والثمرة واللبن، أو متصلة متولدة كالحسن والسمن، أو غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته، والبناء أو الغرس على الأرض، وتعيب المبيع.

أنواع البيوع

البيوع بالنسبة **للبدلين** أربعة أنواع:

١- **بيع المقايضة**: وهو بيع عين بعين، كبيع سلعة بأخرى، مثل القماش بالحنطة.

٢- **البيع المطلق**: وهو بيع عين بدين، أي بيع شيء معين بذاته بدين ثابت في الذمة، كبيع سلعة بنقود، وبيع أرض أو دار بمبلغ مالي معين المقدار.

٣- **الصرف**: هو بيع الدين بالدين، أي بيع شيء في الذّمة بشيء آخر في الذّمة، كبيع عملة نقدية كالدينار بعملة نقدية أخرى كالدولار.

٤- **السَّلَم**: هو بيع دين بعين أي بيع شيء في الذّمة مثل مقدار معين من القطن أو الحنطة، بشيء معين مقابل له كمبلغ من النقود يدفع حالاً، فإن المسلم فيه وهو القطن بمثابة المبيع، وهو دين مستحق في ذمة البائع، ورأس المال بمثابة الثمن، لكن يشترط قبضه كله في مجلس العقد، حتى يصير عيناً، فلا يقابل ديناً.

والبيوع بالنسبة **للثمن** أربعة أنواع وهي بيوع الأمانة:

١- بيع المرابحة: مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول (رأس المال) وزيادة ربح معين.

٢- بيع التولية: المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان.

٣- بيع الوضيعة (الحطيطة): المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه.

٤- بيع المساومة: مبادلة المبيع بما يتراضى عليه العاقدان، وهو الشائع في كل وقت.

وهناك أنواع أخرى من البيوع ذات طبيعة خاصة وهي الاستصناع ونحوه، وأُبيِّن مختلف أنواع البيوع بإيجاز.

عقد السَّلَم (السَّلف)

تعريفه وعناصر تكوينه، ومشروعيته، وشروطه، وحكمه والفروق بينه وبين المبيع.

تعريفه وتكوينه

السَّلم أو السَّلف: بيع آجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذِّمة، أي إنه يتقدم فيه رأس المال (الثمن) ويتأخر المثمن لأجل، كأن يقول شخص لآخر: أسلفتك بألف دينار طناً من الحنطة من إقليم معين، كمحافظة درعا أو الجزيرة في سورية، أو قنطاراً من القطن المصري طويل التيلة يتم تسليمه في موسم الحصاد أو جني القطن، على أن يتم دفع كامل الثمن في مجلس العقد، فيقبل الآخر.

ويتم تكوينه بالإيجاب والقبول، وهو ركن كل عقد عند الحنفية. وبأركان ثلاثة عند الجمهور: عاقد (مسلم ومسلم إليه) ومعقود عليه (رأس مال السلم والمسلم فيه) وصيغة (إيجاب وقبول).

يسمى المشتري: ربّ السلم أو المسلم، والبائع يسمى: المسلم إليه، والمبيع: المسلم فيه، والثمن: رأس مال السلم.

وألفاظه عند الجمهور: لفظ السلم والسلف والبيع، ولا ينعقد السلم عند زفر والشافعية إلا بلفظ السلم أو السلف، لأن الأصل عدم جوازه لكونه بيعاً لمعدوم، لكن الشرع ورد بجوازه بهذين اللفظين.

مشروعيته

السلم مشروع بالقرآن والسنة، أما القرآن فآية الدين: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٢]. قال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحلَّه الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ هذه الآية[١].

وأما السنة: فحديث ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قدم المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»[٢].

شروطه

تشترط شروط في رأس مال السلم (الثمن) وفي المسلم فيه.

شروط رأس المال

هي ستة كما ذكر الحنفية:

١-٣- بيان الجنس (حنطة أو قطن مثلاً) والنوع (حنطة سقي أو بعل مثلاً) والصفة (جيد أو وسط أو رديء) منعاً من التورط في الجهالة التي تؤدي إلى فساد العقد.

٤- معرفة قدر رأس المال: من نقود بمبلغ معين، أو غيرها من الأثمان المعينة مثل قنطار من الحبوب ونحوها مما يتفق عليه، منعاً من الوقوع في الجهالة المفسدة للعقد.

---

(١) رواه الشافعي والطبراني والحاكم والبيهقي.

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة.

٥- كون الدراهم والدنانير منتقدة في رأي أبي حنيفة، أي يعرف مدى جودتها أو زيفها، وهذا مفهوم بداهة في الأوراق النقدية المعاصرة، بأن تكون رائجة غير مزورة ولا ملغية التعامل.

٦- تعجيل رأس المال وقبضه فعلاً في المجلس قبل تفرق المتعاقدين: فإن تفرق العاقدان قبل قبض جميع الثمن، بطل العقد وانفسخ، حتى لا يصير العقد بيع دين بدين، ولأن الحديث «أسلفوا في كيل معلوم»[١] يتطلب تقديم الثمن، فلو تأخر تسليم كامل الثمن عن مجلس العقد، لكان التأخير في معنى مبادلة الدين بالدين، وقد «نهى الرسول ﷺ - كما تقدم - عن بيع الكالئ بالكالئ»[٢] أي بيع الدين بالدين.

وهذا أهم شروط السلم، وهو شرط متفق عليه، إلا أن الإمام مالك رحمه الله: أجاز تأخير قبض رأس المال إلى أقل من ثلاثة أيام، لأن «ما قارب الشيء يعطى حكمه». فإن كان التأخير بشرط عن ثلاثة أيام، فسد السَّلَم، وكذا على المعتمد إن كان التأخير بغير بشرط.

شروط المسلم فيه

هي في رأي الحنفية أحد عشر شرطاً:

١-٣- أن يكون معلوم الجنس (حنطة أو شعير) والنوع (حنطة سقي أو بعل) والصفة (جيد أو رديء أو وسط) لإزالة الجهالة.

٤- أن يكون معلوم القدر (كيلاً أو وزناً أو ذَرْعاً أو عَدّاً): لإزالة الجهالة، وعملاً بالحديث المتقدم: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم».

---

(١) مأخوذ من الحديث السابق: «من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم..».

(٢) رواه الدارقطني وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، لكنه حديث ضعيف، والمعول على الإجماع في منع بيع الدين بالدين.

٥- ألا يشتمل العقد على ربا النسيئة: بأن يكون فيه أحد وَصْفَيْ علة ربا الفضل، وهو إما الكيل أو الوزن، وإما اتحاد الجنس، فإن بيع أحد المكيلين بآخر كحنطة بشعير، أو بيع شيء بجنسه كحنطة بحنطة، كان العقد مشتملاً على الربا، فلا يصح. أو يتم بيع ذهب بفضة، أو ذهب من عيار ٢١ بذهب من عيار ١٨، فسد العقد، لوجود الربا فيه.

٦- أن يكون المسلم فيه مما يتعلق بالتعيين: كالقطن أو الحديد أو الأرز، فإن كان المسلم فيه مما لا يتعين بالتعيين كالنقود، لم يجز السلم، لأن المسلم فيه مبيع، والمبيع مما يتعين بالتعيين، ولا يجوز كونه ديناً حتى لا يقابله دين آخر وهو الثمن، فيكون البيع بيع دين بدين، وهو محظور إجماعاً.

٧- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً لا معجلاً: في رأي الجمهور، فلا يصح عندهم السلم الحالّ، للحديث المتقدم: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» فهو أمر بالأجل، والأمر يقتضي الوجوب.

وأجاز الإمام الشافعي السلم الحالّ كالسلم المؤجل، لأنه إذا جاز السلم مؤجلاً، فلأن يجوز حالاً بالأولى، لبعده عن الغرر (الاحتمال) والمراد من الحديث السابق: «إلى أجل معلوم» هو العلم بالأجل، لا اشتراط الأجل ذاته.

ومدة أجل السلم: في رأي الحنفية والحنابلة هي شهر أو ما قاربه، لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل. وفي رأي المالكية: أقل الأجل نصف شهر، لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالباً، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه.

ولا بد من كون الأجل معلوماً، للآية الكريمة: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢].

ولا بد في رأي الجمهور أيضاً من تحديد **زمان بعينه**، لا يختلف، فلا يصح التأجيل للحصاد والدياس والنيروز (أول السنة القبطية وأول الربيع) والمهرجان

(أول الخريف) وعيد النصارى (عيد الفصح) وقدوم الحاج، والصيف، والشتاء ونحوها، للحديث المتقدم: «إلى أجل معلوم» والتحديد بهذه الأوقات مثار النزاع بسبب كون وقتها غير معلوم، لاحتمال التقدم والتأخر، والقرب والبعد، ولقول ابن عباس: «لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم»[١].

وأجاز المالكية السلم إلى هذه الأوقات، ويعتبر ميقاتها هو: الوقت الذي يحصل فيه غالب ما ذكر، وهو وسط الوقت المعدّ لها الذي يغلب فيه الوقوع، لأن هذا الأجل معروف في العادة ويتسامح الناس فيه عادة.

٨- أن يكون جنس المسلم فيه (المبيع) موجوداً في الأسواق بنوعه وصفته، من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، كالحبوب، وإلا لم يجز السلم. وهذا رأي الحنفية، وهذا يعني أن المسلم فيه ينبغي أن يكون من نتاج إقليم معين كالعراق أو الشام، أو من نتاج بلد كبير كسمرقند.

واكتفى بقية المذاهب بأن يكون المسلم فيه عام الوجود، مأمون الانقطاع، وقت حلول الأجل فقط، سواء وجد عند العقد أو في أثناء الفترة بين العقد والتسليم، لأن المهم هو القدرة على التسليم، فيعتبر وقت وجوب التسليم، ولأن الحديث المتقدم: «من أسلف» لم يشترط وجود المسلم فيه حال عقد السلم. وهذا يتطلب ألا يكون المسلم فيه من نتاج قرية بعينها.

٩- أن يكون العقد باتّاً، ليس فيه خيار شرط كثلاثة أيام، فيفسد العقد، لأنه يجب تسليم رأس مال السلم (الثمن) في مجلس العقد، واشتراط الخيار يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد. لكن يثبت في رأس مال السلم خيار الرؤية وخيار العيب، لأن هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك في البدل. ولا يثبت خيار الرؤية في المسلم فيه (المبيع) بالاتفاق، ويثبت فيه خيار العيب، لأنه لا يمنع تمام القبض الذي تتم به الصفقة.

---

(١) رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي.

١٠- بيان مكان التسليم إذا كان للمبيع كلفة ومؤونة كالحبوب في رأي الإمام أبي حنيفة، خلافاً للصاحبين. وقال الصاحبان والحنابلة: يتعين مكان العقد للتسليم عند الاختلاف، فلا يبقى جهالة.

والأحسن عند المالكية اشتراط مكان التسليم، فهم قريبون من الرأي الثاني.

والمذهب عند الشافعية: أنه يشترط بيان محل تسليم المسلم فيه، لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة، كتسليمه في موضع لا يصلح للتسليم، أو كان لحمله مؤنة، فهم أقرب للرأي الأول لأبي حنيفة.

١١- أن يكون المسلم فيه في رأي الحنفية مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً، وهي المثليات (المكيلات، والموزونات، والذرعيات، والعدديات المتقاربة) كالحبوب والثمار والثياب. ولا يصح فيما لا ينضبط بالوصف كالعدديات المتفاوتة كالدور والعقارات والجواهر واللآلئ والجلود والأخشاب ونحوها. ويجوز عندهم السلم في العدديات المتقاربة مطلقاً: كيلاً ووزناً وعدُداً.

وهذا أيضاً رأي الشافعية والحنابلة.

وصحح المالكية السلم فيما ينضبط وفيما لا ينضبط بالوصف، إذا اشترط رب السلم منها شيئاً معلوماً جنسه وصفته ومقداره، ويجوز السلم في العدديات المتقاربة عدداً في رأيهم ورأي الشافعية والحنابلة.

تطبيقات الشروط

- **السلم في الحيوان**: منعه الحنفية، لحديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان»[1]، ولأنه لا يمكن ضبط الحيوان، حتى وإن وصف، مما يؤدي إلى المنازعة.

---

(١) رواه الحاكم والدارقطني عن ابن عباس، وفيه واهي الحديث.

وأجاز الجمهور السلم في الحيوان قياساً على جواز القرض فيه، لما روى أبو داود: «أنه ﷺ أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن يشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل» وهذا سلم لا قرض، لما فيه من الفضل والأجل.

ويجوز السلم في الآليات والشحوم وزناً اتفاقاً.

- السلم في **اللحم والسمك**: لم يجز أبو حنيفة السلم في اللحم مع العظم أو دون العظم، لوجود الجهالة المفضية إلى النزاع بسبب السمن والهزال، ولكنه أجاز السلم في السمك الصغار والكبار لعدم الاختلاف في السمن والهزال.

وأجاز الصاحبان وبقية المذاهب السلم في اللحم بشرط ضبط صفاته جنساً، ونوعاً، وسنّاً، وصفة، وموضعاً، ومقداراً. وأجازوا أيضاً السلم في السمك مطلقاً.

- السلم في **الثياب**: لم يجز الحنفية السلم قياساً في الثياب، لأنها من العدديات المتفاوتة تفاوتاً فاحشاً بين ثوب وآخر. وأجازوا السلم فيها استحساناً إذا تبين الجنس والنوع والصفة والقدر.

وأجاز بقية المذاهب السلم في الثياب، فصار الجواز متفقاً عليه.

- السلم في **التبن**: لا يجوز عند الحنفية السلم في التبن أو الحطب أوقاراً (أحمالاً) للتفاوت الفاحش بين حِمْل وآخر، ولكن يجوز السلم فيهما وزناً، لعدم إثارة النزاع فيه.

- السلم في الخبز: لم يجز الحنفية والشافعية السلم في الخبز وزناً، لوجود التفاوت الفاحش بين الخبز في النضج.

وأجاز المالكية والحنابلة السلم **في الخبز**، لأن عمل النار فيه معلوم في العادة، فيمكن ضبطه بالنشافة والرطوبة.

والمقرر جواز **قرض الخبز** عدداً أو وزناً، لحاجة الناس وتعارفهم إياه.

حكم السلم

الحكم الأصلي للسلم: أنه يثبت الملك فيه لربِّ السلم مؤجلاً، مقابل ثبوت الملك للمسلم إليه في رأس المال (الثمن).

الفروق بين السلم والبيع

هناك أربعة فروق بين السلم والبيع وهي كما ذكر الحنفية:

١- الاستبدال برأس مال السلم أو المسلم فيه

لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض، لأنه يجب قبضه بذاته، وبدل الشيء غير الشيء، وللحديث القائل: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[(١)] أي عند الفسخ. أما **ثمن المبيع**: فيجوز استبداله إذا كان ديناً، لأنه لا يشترط قبضه، والبدل يقوم مقامه معنى.

وكذلك لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل القبض، كاستبدال المبيع المعين، لأن المسلم فيه منقول، وإن كان ديناً، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز في رأي الحنفية وكذا الشافعية في المنقول وغيره.

وهذا الحكم متفق عليه.

٢- إقالة بعض السلم

هو أن يأخذ ربّ السلم (المسلم) بعض رأس ماله، وبعض المسلم فيه، بعد حلول الأجل أو قبله برضا صاحبه.

وذلك جائز عند الجمهور، لأنه إقالة للسلم فيما أخذ من رأس المال، ويبقى السلم في الباقي. ولا يجوز ذلك عند المالكية ويفسد العقد، عملاً بالحديث المتقدم:

---

(١) رواه الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «من أسلف في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلف أو رأس ماله».

«لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك». ورد الجمهور على ذلك بأن المراد به النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس مال السلم والمسلم فيه.

أما البيع فيجوز بالاتفاق إقالة بعضه دون بعض.

٣- الإبراء عن رأس المال

لا يجوز للمسلم إليه إبراء ربّ السلم عن رأس المال دون قبوله ورضاه، فإذا قبل صح الإبراء، ولكن يبطل السلم، لأنه يترتب عليه عدم قبض رأس المال، بسبب الإبراء. فإن رفض ربُّ السلم الإبراء، بقي عقد السلم صحيحاً.

أما البيع: فيجوز فيه إبراء المشتري من ثمن المبيع، من غير قبول، إلا أنه يرتد بالرَّد، لأن في الإبراء معنى التمليك على سبيل التبرع، وهو لا يلزم دفعاً لضرر المنة. وسبب التفرقة بين السلم والبيع: أن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع، وقبض رأس المال في المجلس شرط لصحة عقد السلم، فلو صح الإبراء من غير قبول الطرف الآخر، لانفسخ عقد السلم من غير رضا صاحبه، وهذا لا يجوز، لأن أحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد، فلا يصح الإبراء، بخلاف الثمن، لا يترتب على الإبراء منه فسخ البيع، لأن قبضه ليس بشرط.

أما إبراء ربّ السلم عن المسلم فيه: فيجوز من غير قبول المسلم إليه، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط، فيصح من غير قبول.

وأما الإبراء عن المبيع فلا يصح، لأنه عين معينة، والإبراء إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يعقل.

٤- الحوالة والكفالة والرهن برأس المال وبالمسلم فيه

تجوز الحوالة برأس مال السلم والكفالة به والرهن به على رجل حاضر في مجلس العقد، ويجوز ذلك أيضاً عند الحنفية بالمسلم فيه، لتوافر ركن هذه العقود مع شرائطه.

وكذلك تجوز هذه العقود بالثمن والمبيع، لكن في السلم لا بد من قبض رأس

مال السلم في المجلس من المحال عليه أو من الكفيل أو بهلاك الرهن قبل التفرق قبل افتراق العاقدين دون قبض، وبشرط كون قيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر، فإن كانت أقل، تم العقد بقدر الرهن، ويبطل في الباقي.

أما المسلم فيه: فيبرأ المحيل فيه بنفس عقد الحوالة، وفي الكفالة: يكون رب السلم بالخيار: إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل. وفي الرهن: لرب السلم أن يحبس المرهون حتى يأخذ المسلم فيه.

٥- قبض رأس المال مشوباً بعيب

إن وجد المسلم إليه رأس مال السلم مشوباً بعيب كثير، فإن قبل به جاز العقد، وإلا بطل السلم، لأن له حقاً تاماً بقبض رأس مال سليم من العيب، إلا إذا استبدل مكانه شيئاً سليماً من العيوب، فيصح السلم.

وأما العيب اليسير وهو الذي لا يمكن التحرز عنه، فلا يمنع صحة السلم.

والحدّ الفاصل بين العيب القليل والكثير في الأصح عن أبي حنيفة: أن الثلث فصاعداً في حكم الكثير، وما دونه في حكم القليل.

وأما **المسلم فيه**: فإذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيباً بعد القبض: فله خيار العيب، إن شاء قبل به، وإن شاء ردَّه وأخذ المسلم فيه غير معيب، لأن حقه في السليم دون المعيب، ولا يثبت كل من خيار الرؤية وخيار الشرط في السلم.

أما البيع: فتثبت فيه جميع أنواع الخيار، ولا يشترط فيه ردّ بدل المعيب في مجلس معين، أما في السلم فيشترط ردّ البديل إما في مجلس العقد أو في مجلس الرَّد، لأن للرَّد شبهاً بالعقد، فألحق مجلس الرَّد بمجلس العقد.

الاستصناع

تعريفه ومشروعيته، وشروطه عند الحنفية، حكمه وصفته

تعريف الاستصناع

الاستصناع في **اللغة**: طلب الصنعة، والصنعة: عمل الصانع في حرفته، **وفقهاً** هو: طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص. أو هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذِّمة. وكان في الماضي بسيطاً في أثاث المنزل والحلي والثياب والأحذية، ثم تطور الاعتماد عليه في عصرنا الحاضر، فصار يلجأ إليه في صناعة البواخر والطائرات والسيارات والكابلات الكهربائية ونحوها.

والصانع هو: البائع أو العامل كنجار وحداد وحذّاء ونحوهم. والمستصنع: المشتري أو الراغب في إنجاز الصنعة، والمصنوع: الشيء المتفق على صناعته. وينعقد بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع.

وهو عقد يشبه السلم (بيع آجل بعاجل) لأنه بيع لشيء معدوم عند العقد، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع (البائع)، لكنه يختلف عن السلم في أنه لا يجب تعجيل الثمن، ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق.

ويشبه الإجارة أيضاً لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله.

والراجح عند الحنفية: أن الاستصناع بيع للعين المصنوعة، لا لعمل الصانع، لا مواعدة بين الطرفين.

مشروعيته

أجاز الحنفية الاستصناع، استحساناً عملاً بالعرف والحاجة إليه في التعامل، وهو مستقل عن السلم والإجارة.

أما بقية الفقهاء فأجازوه على أساس عقد السلم وتوافر شروط السلم، ومنها تسليم جميع الثمن في مجلس العقد. وهذا صعب في الحياة العملية. ولا مانع عند المالكية من تأجيله كالسلم يوماً أو يومين. ويصح عند الشافعية سواء حدد فيه أجل تسليم الشيء المصنوع أم لم يحدد.

يؤيد مذهب الحنفية: أن النبي ﷺ استصنع خاتماً، واحتجم وأعطى الحجّام أجره، وأجاز العلماء شرب الماء من السِّقاء، وأباح النبي ﷺ وجود الحمام بشرط المئزر، ويتسامح في المدة ومقدار الشيء المستهلك، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً.

شروطه

تشترط شروط ثلاثة عند الحنفية لجواز الاستصناع وهي:

١- بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه مبيع، فلا بد من أن يكون معلوماً، والعلم يحصل بذلك، فإذا اشتمل على جهالة أحد هذه الأوصاف، فسد العقد، لأن الجهالة المفضية إلى النزاع مفسدة للعقد.

٢- أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس: كالمصنوعات والأواني والأمتعة ووسائل النقل المختلفة والأحذية والثياب التي جرى العرف باستصناعها.

٣- ألا يذكر فيه أجل محدد: فإذا ذكر فيه أجل معين لتسليم المصنوع، فسد العقل وانقلب سلماً عند أبي حنيفة. والأجل: شهر فما فوقه. إلا إذا قصد بالأجل الاستعجال بلا إمهال. فإن قصد منه الاستمهال والتأجيل، لم يصح استصناعاً، ولا سلماً إذا كان الأجل دون شهر.

ولم يشترط الصاحبان هذا الشرط، لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع، فكان شرطاً صحيحاً لتعارف الناس إياه. وهذا القول هو المقبول عملياً.

والشرط اللاحق بالعقد يلحق به إذا كان شرطاً صحيحاً باتفاق الحنفية، وأما إن كان فاسداً فيفسد العقد عند أبي حنيفة كالشرط الداخل في العقد، ولا يلتحق الشرط الفاسد بالعقد في رأي الصاحبين.

حكم الاستصناع وصفته

حكمه هو: الأثر المترتب عليه. وحكمه: ثبوت الملك للمستصنع في العين المصنوعة في الذِّمة، وثبوت الملك للصانع في البدل المتفق عليه.

وصفة هذا العقد: أنه غير لازم قبل الصنع، وبعد الفراغ من الصنع، في حق الطرفين، فيكون لكل منهما إمضاؤه أو فسخه قبل رؤية الشيء المصنوع.

وإذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع بحسب المواصفات، سقط خيار الصانع وأما المستصنع فيثبت الملك غير لازم في حقه.

ورأي أبو يوسف رحمه الله أن العقد لازم إذا رأى المستصنع الشيء إذا وافق الصفة المتفق عليها.

وأخذت مجلة الأحكام العدلية (م ٣٩٢) بهذا الرأي، وهو تصرف سديد وحكيم.

ولا يتعلق حق المستصنع في الشيء المصنوع إلا بعرضه عليه من الصانع، وهذا يدل على أن للصانع أن يبيع المصنوع وينتج غيره قبل عرضه على المستصنع.

عقد الصرف

تعريفه ومشروعيته، وشروطه، ما يترتب على اشتراط قبض البدلين في مجلس العقد.

تعريف الصرف ومشروعيته

الصرف في **اللغة**: الزيادة، **وشرعاً** هو: بيع الدراهم (المصنوعة من الفضة) بالذهب وعكسه، أو هو بيع النقود بالنقود بجنسها أو بغير جنسها، وفي وقتنا الحاضر: هو بيع بعض النقود الورقية ببعض كالدولار بالدينار أو بالليرة أو الجنيه. وللشافعية تعريف مختصر هو: بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره[١].

وعرفه الحنفية بقولهم هو: بيع بعض الأثمان (النقود) ببعض، كالذهب والفضة إذا بيع أحدهما بالآخر (أي بجنس مختلف) أو بجنسه[٢]، كذهب بذهب، وإن اختلف العيار.

وهو مشروع؛ لأن النبي ﷺ أجاز بيع الأموال الربوية ببعضها عند اتحاد الجنس بشرط المماثلة وزناً أو كيلاً، أو عند اختلاف الجنس ولو مع التفاضل (زيادة أحد العوضين عن الآخر وزناً أو كيلاً) بشرط التقابض (قبض البدلين) في المجلس ذاته دون تأخير. وشرط التقابض (يداً بيد) متفق على اشتراطه، للحديث المتفق عليه عن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورِق[٣] رِباً إلا هاءَ وهاءَ[٤]، والبُرّ بالبُرّ ربا إلا هاءَ وهاءَ، والشعير بالشعير ربا إلا هاءَ

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٥، وقصر المالكية الصرف على بيع النقد بنقد مغاير لنوعه، والمراطلة هي: بيع النقد بنقد من نوعه (حاشية الدسوقي ٣/ ٢).

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٣٤

(٣) أي الفضة.

(٤) بالمد فيهما وفتح الهمزة، أي متقابضين فوراً في مجلس العقد، قال الخليل: هاء كلمة تستعمل عند المناولة.

وهاءَ، والتمر بالتمر رباً إلا هاءَ وهاءَ» أي خذ وهات، أو خذ وأعط، فيتقابضان في المجلس، والتقدير: لا تبيعوا الذهب بالفضة (ومثلهما النقود الورقية الرائجة الآن في العالم) إلا مقولاً بين العاقدين: هاء وهاء.

شروط الصرف

١- التقابض

قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين: منعاً من الوقوع في ربا النَّساء (التأخير) للحديث النبوي: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، يداً بيد»[١]، وحديث: «لا تبيعوا منهما غائباً بناجز»[٢].

فإن افترق العاقدان قبل قبض كلا العوضين أو قبل قبض أحدهما، فسد العقد، لعدم تحقق شرط القبض، وعدم هذا موقع في الربا.

٢- التماثل

لا يجوز بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة، أي بيع الشيء بجنسه، ولا غيرهما من الأموال الربوية، وإن اختلفا في الجودة ونفقة الصياغة، إلا متماثلين في الوزن في الموزونات، والكيل في المكيلات، للحديث المتقدم: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» أي يباع الذهب بالذهب مثلاً بمثل في القدر (الوزن أو الكيل) لا في الصفة، لأن القاعدة الشرعية في الربويات: «جيدها ورديئها سواء».

٣- الخلو من خيار الشرط

لا يجوز في الصرف اشتماله على خيار شرط لأحد العاقدين أو لكليهما، لأنه يؤدي إلى تفويت القبض. فإن أسقط الخيار في المجلس، انقلب العقد جائزاً.

---

(١) رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) رواه مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه.

أما خيار العيب والرؤية فلا مانع منهما، لأنهما لا يمنعان ثبوت الملك في المبيع، فلا يمنعان تمام القبض، لكن لا يتصور خيار الرؤية في بيع النقود وسائر الديون، لأن العقد ينعقد على مثلها لا على عينها.

٤- الخلو من الأجل

يشترط في الصرف أن يكون خالياً عن الأجل لكل من العاقدين أو لأحدهما. لأن الأجل يؤدي إلى تفويت قبض البدلين قبل الافتراق، فيفسد الصرف.

ما يترتب على اشتراط التقابض

يترتب على اشتراط التقابض لكلا البدلين في مجلس العقد عدم جواز الإبراء أو الهبة من أحد العاقدين للآخر، وعدم جواز الاستبدال ببدل الصرف كإعطاء فضة بدلاً من ذهب، لأن بدل الشيء غير الشيء، ولكن تجوز الحوالة ببدل الصرف والكفالة والرهن به بشرط استيفاء البديل في مجلس العقد من العاقد أو الكفيل أو يهلك الرهن.

كذلك تجوز المقاصة استحساناً في دين ثبت قبل حدوث الصرف، أي دين متقدم لا متأخر عن عقد الصرف.

واستثناء من شرط عدم جواز الاستبدال: أنه يجوز صرف ما في الذِّمة بشرط التقابض، لحديث **ابن عمر** قال: «أتيت النبي ﷺ، فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء»[1]، قال الشوكاني: فيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذِّمة بغيره، وظاهره أن الحاضر أحد البدلين، وهو غير اللازم، فيدل على أن ما في الذِّمة كالحاضر. وقال ابن

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة).

تيمية الجد في منتقى الأخبار: وفيه دليل على جواز التصرف في الثمن قبل قبضه، وإن كان في مدة الخيار، وعلى أن خيار الشرط لا يدخل الصرف[١].

هذا في الصرف بدين متقدم، لأن المبادلة تتم على بيع عين بدين، بخلاف المقاصَّة برأس مال السلم لا تجوز، لأنها مبادلة دين بدين، وهو ممنوع شرعاً.

بيع الجِزَاف

معناه ومشروعيته، وشروطه، وأهم حالاته.

تعريف الجزاف ومشروعيته

الجزاف (مثلث الجيم والكسر أفصح) من الجَزْف: وهو البيع بالتخمين من غير وزن ولا كيل، ولا عدّ، **واصطلاحاً**: البيع بهذه الصفة، أو هو بيع ما لم يعلم قدره تفصيلاً.

وهو مشروع في الأشياء اليسيرة جداً أو في غير الربويات، أو فيها، إذا كان الثمن جنساً آخر غير المبيع، لحديث **جابر** قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصُّبْرة[٢] من التمر، لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر»[٣].

وحديث **ابن عمر** قال: «كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه»[٤].

دلَّ الحديثان على جواز بيع التمر مجازفة إذا كان الثمن جنساً آخر غير التمر، فإن كان الثمن تمراً، حرم البيع، لاشتماله على ربا الفضل.

---

(١) منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٥٦/٥

(٢) الصبرة: ما جمع من الطعام (الحب) بلا كيل أو وزن.

(٣) رواه مسلم والنَّسائي.

(٤) رواه الجماعة إلا الترمذي والنَّسائي.

شروط الجِزَاف

هي سبعة - كما ذكر المالكية[١]:

١- أن يكون المبيع مرئياً بالبصر حال العقد، أو قبله، واستمر العاقدان على معرفة المبيع حين التعاقد، فلا يصح بيع غير المرئي جزافاً، ولا البيع من الأعمى جزافاً، وتكفي عند المالكية والحنفية رؤية بعض المبيع المتصل به كمغيب الأصل، وتكفي في الصبرة رؤية ما ظهر منها.

وهذا شرط متفق عليه بين المذاهب.

٢- أن يَجْهَل كل من البائع والمشتري قدر المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً، فإن علم أحد العاقدين فقط قدر المبيع وجهله الآخر، فإنه لا يجوز العقد عند المالكية والشافعية، منعاً من قصد الخداع، ولم يشترط الحنفية هذا الشرط. ولم يثبت الخيار عند الحنابلة، وهو لازم، لكنه مكروه.

٣- أن يكون البيع في كل ما كان المقصود منه الكثرة، لا الآحاد: فيصح الجزاف في المكيلات كالحبوب، والموزونات كالحديد، والمذروعات (ما يباع بالذراع ونحوه) كالأرض والثياب، ولا يجوز في المعدودات إلا إذا كان في عدِّه مشقة، لأن العدّ متيسر لغالب الناس.

وأجاز أبو حنيفة الجزاف في المكيل والموزون، وأجازه الصاحبان فيهما وفي المذروع والمعدودات المتقاربة أو المتفاوتة، والفتوى على رأيهما للتيسير. ورأي الشافعية والحنابلة كالصاحبين.

٤- أن يُحْزَر المبيع بالفعل من أهل الحزر (التخمين): فلا يصح بيع الجزاف

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠ وما بعدها.

فيما يعسر حزره، كطيور في مزرعة مسقوفة، ودجاج في مدجنة، إلا إذا أمكن معرفتها بالحزر قبل الشراء في وقت نومها أو هدوها، فيجوز حينئذ شراؤها جزافاً. ووافق الشافعية على هذا الشرط.

٥- أن يكون المبيع كثيراً كثرة غير هائلة: فإن كان كثيراً جداً يمنع بيعه جزافاً، وإن لم يكثر جداً يجوز بيعه جزافاً، لإمكان حزره.

٦- أن تكون الأرض التي عليها المبيع مستوية، علماً أو ظناً: فإن لم تكن مستوية، فسد العقد، بسبب الغرر الكثير أو الجهالة.

ووافق الشافعية والحنابلة على هذا الشرط، وقواعد الحنفية تقره.

٧- ألا يشتمل العقد الواحد على جزاف من الحب، ومكيل منه، من جنسه أو من غير جنسه، ولا على جزاف من الحبّ مع مكيل من الأرض، ولا على جزاف من الأرض مع أرض مكيلة، لتأثر الشيء المعلوم بجهالة المجهول.

أهم الحالات أو الأمثلة

هذان مثلان من بيوع الجزاف في العادة:

١- **بيع الصبرة من الطعام ونحوه**: اتفقت المذاهب الأربعة على جواز بيع الصبرة جزافاً، والصبرة: الطعام المجموع من الحبوب المقتاتة، إذا كان الثمن جنساً آخر غير المبيع في دائرة الأموال الربوية، بدليل حديث جابر المتقدم، فإنه دليل على أنه لا يجوز أن يباع جنس بجنسه وأحدهما مجهول المقدار، لأن العلم بالتساوي مع الاتفاق في الجنس شرط لا يجوز البيع بدونه، ولا شك أن الجهل بكلا البدلين أو بأحدهما فقط مظنة للزيادة والنقصان، وما كان مظنة للحرام وجب تجنبه.

٢- **بيع النقود والحلي والمحلى جزافاً**: فلا يجوز في دائرة الأموال الربوية بيعها بجنسها مجازفة، لاحتمال الوقوع في الربا، وهو مانع من صحة العقد كحقيقة

الربا، وقاعدة الحنفية في هذا: كل ما يجوز البيع فيه متفاضلاً، يجوز فيه البيع مجازفة، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلاً، لا يجوز فيه البيع مجازفة، وهذا متفق عليه بين المذاهب.

الرِّبـــا

تعريف الرِّبا وتحريمه، وأنواعه، علَّة الرِّبا، وأثر اختلاف الفقهاء فيها، وقواعد الرِّبا

تعريف الرِّبـــا وتحريمه

الربا **لغة**: الزيادة، وكذلك في **الشرع**: هو الزيادة في أشياء مخصوصة. إما المكيلات والموزونات عند الحنفية والحنابلة، أو المطعومات والأثمان عند الشافعية، أو المقتات المدخر والأثمان عند المالكية.

وهو حرام بالإجماع، لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٧٥]، وقوله ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات.. - ومنها - أكل الربا»[١]، وقول ابن مسعود: «لعن رسول الله ﷺ آكل الرِّبا وموكله وشاهده وكاتبه»[٢].

أنواع الرِّبـــا

إما أن يكون الربا في القرض بزيادة في أحد عوضيه عن الآخر، وإما في البيوع، فيكون الرّبا المحرم نوعين:

أ- ربا النَّساء (التأخير) وهو المأخوذ بسبب تأخير قضاء دين مستحق إلى أجل جديد، إما لكونه ثمن مبيع وإما لكونه قرضاً. وهذا ربا الجاهلية.

---

(١) أخرجه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود وغيره. ورواية مسلم: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء».

٢- ربا البيوع في ستة أصناف (هي الذهب والفضة، والحنطة والشعير، والملح والتمر) وأشباهها، وهو ربا الفضل، وهو محرم سدّاً للذريعة حتى لا يتخذ وسيلة لربا النسيئة.

وربا الفضل عند الحنفية: هو بيع مال ربوي بمثله مع زيادة في أحد المثلين. فهو محصور عند الحنفية والحنابلة في كل مكيل كالحبوب أو موزون كالحديد، فلا ربا في المذروع والمعدود والأموال القيمية كأنواع السجاد والأثاث والعقارات والدواب والسيارات. فإذا بيع ذهب بذهب كغرام بغرام وربع أو نقود بنقود مع زيادة أحد البدلين عن الآخر، وجد الربا، وأما إذا بيعت سيارة بسيارتين أو ثوب بثوبين كل منهما معجل التسليم فلا ربا.

وربا النَّسَاء عند الحنفية: فضل (زيادة) حالّ على مؤجل، وعين (معين) على دين (ثابت في الذِّمة، في فئة المكيلات والموزونات عند اختلاف الجنس، وكذا في غير المكيل أو الموزون عند اتحاد الجنس، فإذا بيع رطل حنطة الآن برطلي شعير مؤجل التسليم لشهر، أو رطل تمر يسلم الآن برطل من تمر آخر مؤجل التسليم، وقع الربا، لأن ذلك في فئة الموزونات، وكذا إذا بيعت تفاحة الآن بتفاحتين لشهر، وجد الربا، وإن كان في غير المكيل والموزون، لأن المعجل أكثر قيمة من المؤجل، والعين خير من الدين، فيحدث الربا.

وأضاف الشافعية نوعاً ثالثاً هو **ربا اليد**: وهو البيع مع تأخير قبض كلا العوضين، أو قبض أحدهما من غير تعيين أجل، كبيع قمح بشعير من غير تقابض في مجلس العقد. وهذا داخل عند الحنفية في ربا النَّساء. وكل من ربا اليد وربا النسيئة عند الشافعية مقصور على بدلين مختلفي الجنس.

وزاد المتولي من الشافعية **ربا القرض المشروط** فيه جر نفع. وهو في الواقع داخل في ربا الفضل.

علة الربا عند الفقهاء

الفقهاء في تحديد الأموال التي يجري فيها الرِّبا بين موسِّع ومتوسط ومضيق.

أما **الموسعون**: فهم الحنفية والحنابلة الذين جعلوا الربا في كل ما يباع كيلاً أو وزناً، أي المكيلات والموزونات من الأموال المثلية، ولا ربا فضل عندهم في الأموال القيمية كالدور والحيوانات وأنواع الأثاث والجواهر واللآلئ، فيجوز مبادلة الكثير بالقليل كشاة بشاتين، لأن القيميات ليست من المقدَّرات.

وعلة ربا الفضل عندهم هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس.

ودليلهم أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا، والفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد[١]، والفضل ربا، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا، والشعير بالشعير مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا، والتمر بالتمر مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، والفضل ربا»[٢].

دلَّ الحديث على أن ربا الفضل يختص بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون، ولا يوجد ربا فضل في غير ذلك.

فمن باع رطل قمح برطل ونصف من قمح آخر، أو غرام ذهب بغرام وربع من ذهب آخر، وقع في الربا، وإن كان أحدهما أجود من الآخر، لأن الجودة في الأموال الربوية لا تعتبر، حتى لا يستغل ذلك لتمرير الربا.

وحكمة التحريم: دفع الغبن عن الناس وترك الإضرار بهم، مما قد يظن بأن

---

(١) أي متقابضين في مجلس العقد.

(٢) رواه أحمد ومسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، ولفظه: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبُرّ بالبرّ، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواءً بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

في أحد البدلين معنىً زائداً عن الآخر، فيكون تحريمه سدّاً للذرائع، وقد يكون هناك غبن كمبادلة كثير رديء في قليل جيد.

والقدر الذي يتحقق فيه ربا الفضل من الطعام هو: ما كان نصف صاع[(١)] فأكثر، فيجوز شراء حفنة قمح بحفنتين يداً بيد، أو تفاحة بتفاحتين، لأن ذلك دون نصف الصاع.

والقدر الذي يتحقق فيه ربا الفضل من الموزون هو: ما دون حبة[(٢)] ذهب أو فضة.

وعلة ربا النسيئة وهو ربا الجاهلية هي: أحد وصفي علة ربا الفضل: إما القدر المتفق (الكيل أو الوزن) أو الجنس المتحد. فإذا وجد القدر المتفق وحده كالحنطة بالشعير كيلاً بكيل، أو الجنس المتحد ولو دون أقل القدر الشرعي (نصف صاع) كتفاحة معجلة بتفاحتين مؤجلتين في التسليم، حرم النَّساء (التأخير) ولو كان البدلان متساويين قدراً كرطل حنطة معجل برطل حنطة مؤجل، لوجود اتحاد الجنس.

والخلاصة أن اتحاد الجنس وحده كاف عند الحنفية لوجود ربا النسيئة.

وحكمة التحريم: استغلال الحاجة حاجة القوي للضعيف، والقسوة في التعامل، ومنع الرفق والرحمة، والإضرار بالناس.

ومضار الربا هذه متحققة بنحو واضح في تعامل المصارف (البنوك) التجارية في الوقت الحاضر التي تقتصر مهمتها على كونها مجرد وسيط بين المقرض والمقترض، بدفع فائدة مثل ٤٪ للأول، وأخذ فائدة أكثر من الثاني وهي ٧٪.

لكن يخالف الحنابلة الحنفية في أمرين:

(١) نصف الصاع بتقدير الحنفية حوالي ١٣٥٠ غم.

(٢) المراد: حبة شعير معتدل، قطع من طرفها، ما دقَّ وطال، والدرهم يساوي ٥٠ حبة وخمسي الحبة.

الأول: أن ربا الفضل حرام في كل مكيل أو موزون بجنسه، ولو كان دون المقدار الشرعي، كتمرة بتمرة، وهذا موافق لمذهب الشافعية.

الثاني: أن المعوَّل في تحريم مبادلة الجنس بجنسه هو اتفاق الجنس، وإن اختلف النوع، فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص هما جنس واحد، كأنواع التمور، والأنواع تختلف باختلاف أصولها، فأنواع الزيوت تعدُّ أجناساً مختلفة.

والحنفية وإن قالوا ذلك، إلا أنهم يمنعون بيع كل مكيل أو موزون بجنسه متفاضلاً، وإن تساوى معه في النوع والصفة، واختلاف الأنواع لا يؤثر، فهي من جنس واحد.

وأما **المتوسطون**: فهم الشافعية حيث يجعلون العلة في الذهب والفضة وما ينوب منابهما الآن من النقود الورقية هي النقدية أو الثمنية، أي كونهما أثماناً للأشياء، ولا ينظر لقيمة الصنعة في الذهب والفضة، والعلة في بقية الأصناف الأربعة المذكورة في الأحاديث هي الطُّعمية، أي كونها مطعومة، والمطعوم: يشمل كل ما يؤخذ اقتياتاً كالحبوب، أو تفكهاً كالفواكه، أو تداوياً كأنواع الأدوية القديمة من زنجبيل وسنامكي وسقمونيا.

وأما **المضيقون**: فهم المالكية الذين يتفقون مع الشافعية في علة تحريم الزيادة في الذهب والفضة وهي النقدية أو الثمنية، وأما الطعام: فالعلة فيه عندهم مختلفة بين ربا النسيئة وربا الفضل، ففي ربا النسيئة العلة هي مجرد المطعومية على غير وجه التداوي، ويجري هذا الربا عندهم في الخضار والفاكهة والحبوب فقط. أما علة تحريم ربا الفضل فهي الاقتيات والادخار، فيقتصر هذا الربا عندهم على الحبوب دون الخضار والفواكه، وهذا بخلاف مذهب الشافعية.

لكن يختلف المالكية مع الشافعية في شيء آخر وهو توصيف الجنس، فيعتبرون القمح والشعير والسُّلْت (وهو نوع من الشعير) جنساً واحداً، والذرة والدُّخن والأرز جنساً واحداً، والقطاني السبع كالفول والعدس والحمص جنساً واحداً، فلا يجوز التفاضل بين القمح والشعير، ويجوز بين القمح والذرة.

وجواز التفاضل عند اختلاف الجنس مأخوذ من حديث عبادة بن الصامت المتقدم: «فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

قواعد الربا

١- «أنظرني أزدك» حرام اتفاقاً بأن يكون لشخص دين عند آخر، فيؤخره عنه على أن يزيده في قدر الدين، وهو ما كان العرب في الجاهلية يفعلونه.

٢- «ضع وتعجل» حرام بالاتفاق إذا نص على ذلك في عقد القرض، وأجاز الحنابلة في أثناء قيام القرض إسقاط بعض الدين في مقابل تعجيل الباقي، دون شرط سابق، لأنه مجرد صلح.

٣ و ٤- «التفاضل والنَّساء» كما تقدم.

٥- بيع الطعام قبل قبضه، لنهي النبي ﷺ عنه.

أثر اختلاف الفقهاء في علة الربا

يظهر أثر الاختلاف بين الفقهاء في كل من ربا الفضل وربا النسيئة، وشرط التجانس.

ما يتعلق بربا الفضل

فيظهر أثر الخلاف في مسألتين:

١- في بيع مطعوم بجنسه غير مقدر: أي غير مكيل ولا موزون وأقل من المقدار الشرعي، كبيع حفنة حنطة بحفنتين، أو بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين، يجوز هذا عند الحنفية لعدم توافر العلة، وهي القَدْر، لأنه لا تقدير في الشرع بأقل من نصف صاع في المكيلات، وبما دون الحبة في الموزونات، إذ لا قيمة له عادة وشرعاً، كما تقدم.

ولا يجوز ذلك عند الشافعية لوجود علة الربا عندهم، وهي الطُّعم، عملاً بحديث: «الطعام بالطعام مثلاً، وكان طعامنا يومئذ الشعير»[١].

ويتفق الحنابلة في هذا مع الشافعية.

٢- في بيع غير المطعوم بجنسه: كالجص والحديد: لا يجوز ذلك عند الحنفية والحنابلة لوجود القدر المتفق وهو الكيل أو الوزن. ويجوز ذلك عند الشافعية، لعدم وجود علة الربا وهي الثمنية أو الطعم، ومثلهم المالكية.

واختلف الفقهاء في **مدى توافر شرط التجانس** في مسائل من ربا الفضل منها:

١- بيع الدقيق بمثله أو بالحب

لا يصح عند الحنفية بيع الدقيق بجنسه كدقيق حنطة بدقيق حنطة أخرى أو بحب، لكن يصح بيع دقيق من جنس بدقيق من جنس آخر، كدقيق قمح بدقيق شعير، لاختلاف الجنس.

ويصح أيضاً عندهم وعند المالكية بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق متساوياً ومتفاضلاً، لصيرورة الخبز بالصنعة جنساً آخر مختلفاً مع الحنطة[٢].

ولم يصحح المالكية والشافعية بيع الدقيق والحب بمثله مطلقاً إلا مثلاً بمثل دون زيادة، إذا اتحد الجنس، لعدم توافر المماثلة المتيقنة بينهما. ويجوز مع اختلاف الجنس بشرط التقابض في المجلس. لكن الشافعية لم يجيزوا بيع الخبز بالحنطة أو بدقيق الحنطة، وأجازوا ذلك عند اختلاف الجنس.

والحنابلة مثل المالكية والشافعية في القول بعدم صحة بيع الدقيق بالحب المأخوذ منه مطلقاً، لاشتراط التساوي في بيع الجنس الواحد ببعضه، وكذا في القول بعدم صحة بيع الخبز بالحب المأخوذ منه أو بدقيقه، كما ذكر الشافعية.

---

(١) رواه أحمد ومسلم عن معمر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٢) ولا بأس أن يتسلف الجيران فيما بينهم الخبز والخمير ويقضون مثله (الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٣).

وأجاز الحنابلة كالحنفية بيع الدقيق بمثله كيلاً ومن نفس الجنس، بشرط التساوي في النعومة.

٢- بيع الحيوان بلحم

أجاز الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف بيع حيوان بلحم من جنسه، بشرط التعيين، لأنه بيع ما هو موزون بما ليس بموزون.

ولم يجز بقية الأئمة هذا البيع، لما روى سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم[١]، ولأن اللحم نوع فيه الربا، بيع بأصله الذي فيه منه.

ما يتعلق بربا النسيئة

فيظهر أثر الاختلاف بين الحنفية والشافعية فيما يأتي:

أولاً - أثر الاختلاف في علة الربا

وهي الكيل أو الوزن عند الحنفية، والطعم عند الشافعية، كما تقدم، وتتبين ثمرة الاختلاف في مسألتين:

١- في بيع غير المطعوم: لا يجوز عند الحنفية والحنابلة بيع جصّ أو حديد بآخر لوجود علة الربا وهي الكيل في الجص، والوزن في الحديد. ويجوز ذلك عند الشافعية ومثلهم المالكية، لعدم توافر علة الربا، وهي الطعم عند الشافعية، والقوت والادخار عند المالكية.

٢- في بيع المطعوم بالمطعوم من قدر مختلف: كما لو أسلم حنطة في زيت، يجوز ذلك عند الحنفية والحنابلة، لأن أحدهما مكيل والآخر موزون، فكانا مختلفين قدراً، ولا يجوز ذلك عند الشافعية والمالكية، لوجود علة الربا كما تقدم.

---

(١) رواه مالك في الموطأ مرسلاً، وله شواهد، منها ما رواه البيهقي مرسلاً «نهى عن بيع الحي بالميت».

ثانياً - أثر الاختلاف حال اتحاد الجنس وحده

اتحاد الجنس وحده كحنطة معجلة بحنطة مؤجلة ولو تساويا قدراً لا يجوز عند الحنفية، للحديث: «إنما الربا في النسيئة»[١] والنص مطلق، لم يفرق بين مطعوم وغيره.

ويجوز ذلك عند الشافعية، لأن اتحاد الجنس وحده لا يصلح علة لتحريم ربا النسيئة، كبيع حيوان معجل بحيوان مؤجل، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً، فنفرت الإبل، فأمرني أن آخذ على قلاص[٢] الصدقة، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»[٣].

ولم يجز المالكية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، أي إلى أجل، فيما تشابهت منافعه كناقة حلوب بناقة حلوب إلى أجل سدّاً للذرائع، ويجوز فيما اختلفت منافعه، كبيع بعير نجيب ببعيرين للحمولة.

والحنابلة في الأصح مثل الشافعية في القول بجواز بيع الحيوان بجنسه أو بغير جنسه، متساوياً ومتفاضلاً.

ويجوز بالاتفاق بيع الحيوان بالحيوان في الحال لا المؤجل، إذا تم التقابض بين البدلين حالاً.

بيوع الأمانة

توصف بهذا الوصف للاعتماد فيها على أمانة البائع في الإخبار بأصل الثمن الذي تملك به المبيع، ويريد بيعه إلى آخر إما بزيادة وهي المرابحة، وإما بأقل من الثمن الأول وهي الوضيعة أو الحطيطة، وإما بمثل الثمن الأول وهو بيع التولية، وإما بيع بعض الشيء وهو بيع الإشراك.

---

(١) رواه البخاري ومسلم والنَّسائي.

(٢) جمع قلوص: وهي من الإبل: الفتية الشابة.

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ.

تعاريف أنواع بيوع الأمانة

١- **بيع المرابحة**: هو البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح، سواء أكان الربح مقطوعاً كخمس أو ست، أو بالنسبة كعشرة في المئة أو خمسة.

٢- **بيع التولية**: هو البيع بمثل الثمن الأول (برأس المال ذاته) من غير زيادة ربح. كأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على المبيع.

٣- **بيع الإشراك**: هو بيع بعض المبيع ببعض الثمن الأصلي دون زيادة أو نقص.

٤- **بيع الوضيعة**: هو بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء معلوم منه.

وأفصل الكلام في المرابحة بصفتها أشهر هذه الأنواع وتعد أنموذجاً لها، وذلك ببيان شروطها، وصفة رأس المال وتوابعه، وما يبين فيها، وحكم ظهور الخيانة في الإخبار برأس المال وما يتعلق به.

شروط المرابحة

للمرابحة خمسة شروط هي ما يأتي:

١- **العلم بالثمن الأول**: بأن يعلم المشتري بقدر الثمن الأول، فإذا لم يعلم به، كان البيع فاسداً. وهذا شرط عام في جميع أنواع بيوع الأمانة.

٢- **العلم بالربح**: بأن يتفق العاقدان على مقداره، لأنه بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط في صحة جميع البيوع.

٣- **أن يكون رأس المال من المثليات** (وهي المكيلات والموزونات والذرعيات والعدديات المتقاربة). فإن كان الثمن الأول من الأعداد المتفاوتة كالدور والثياب وأنواع الفاكهة، لم يجز بيعه مرابحة ممن ليس في ملكه ويده، لأن قيمته مجهولة، لا تعرف إلا بالحزر والظن، وفيه يختلف أهل التقويم.

ويجوز بيعه ممن كان في يده وملكه إذا جعل الثمن شيئاً متميزاً عن رأس المال، معلوماً كالدراهم أو ثوب معين، منعاً من الوقوع في الجهالة.

ولا يجوز إن جعل الربح جزءاً من رأس المال، لوجود الجهالة، لأن قيمته مجهولة، لا تعرف إلا بالحزر والظن - والتقويم فيه اختلاف عادة.

وأما بيعه وضيعة ممن يكون الشيء القيمي كالمتاع في يده وملكه، فعلى عكس المرابحة، فإن جعل مقدار الوضيعة شيئاً متميزاً عن رأس المال، معلوماً: لا يجوز، لأنه يحتاج إلى حطّ ذلك القدر عن رأس المال، وهو مجهول.

وإن جعل مقدار الوضيعة من جنس رأس المال، كوضع العُشْر مثلاً من كل عشرة، جاز، لأن الجزء الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم.

٤- **ألا يترتب على المرابحة في الأموال الربوية** الوقوع في الربا بالنسبة للثمن الأول، كشراء المكيل أو الموزون في رأي الحنفية والحنابلة بجنسه مثلاً بمثل، فهذا جائز، لكن لا يجوز بيعه مرابحة بالثمن الأول وزيادة، لأن الزيادة في الأموال الربوية تكون رباً لا ربحاً.

والمعنى أن المرابحة في الأموال الربوية غير جائزة في حال بيع الشيء بجنسه. أما إن اختلف الجنس فلا بأس بالمرابحة، كشراء دينار بعشرة دراهم، ثم بيعه بربح درهم أو ثوب بعينه.

٥- **أن يكون العقد الأول صحيحاً**: فإن كان فاسداً، لم يجز بيع المرابحة، لأن البيع الفاسد يثبت فيه الملك بقيمة المبيع لا بالثمن المتفق عليه، لفساد التسمية، فتكون زيادة الربح مبنية على شيء مجهول.

رأس المال وتوابعه

رأس المال: ما لزم المشتري الأول بالعقد، أي ما تملك به المبيع، ولا ينظر إلى ما تم دفعه فعلاً، لأن المرابحة ومثلها التولية بيع بالثمن الأول، والثمن الأول

هو: ما وجب بالبيع، فيكون هو الواجب على المشتري الثاني في التولية، ومع الزيادة المتفق عليها في المرابحة.

ويلحق برأس المال: كل نفقة أنفقت على السلعة، وأوجبت زيادة في المعقود عليه، سواء في ذات المبيع (العين) أو في قيمته، وكانت هذه النفقة معتاداً إلحاقها برأس المال في عرف التجارة، كأجرة السمسار والسائق، والناقل، والحامل.

ولا يلحق برأس المال: أجرة الراعي والطبيب والحجام والختّان والبيطار، فيباع الشيء دون ضم هذه الأجرة.

ما يبين في المرابحة وما لا يبين

بيع المرابحة يعتمد على الأمانة في الإخبار عن الثمن الأول، دون بينة ولا يمين، فإن حدث عيب سماوي في المبيع، لم يجب بيانه عند جمهور الحنفية، لأن الجزء المتعيب الطارئ لا يقابله شيء من الثمن في رأيهم.

وأوجب زفر وجمهور الفقهاء بيان العيب الحادث، منعاً من شبهة الخيانة، لاختلاف أغراض الناس في هذا العيب، ولأن العيب الحادث ينقص به المبيع.

وإن حدث العيب بفعل المشتري الأول أو بفعل أجنبي، لم يجز بيعه بالاتفاق حتى يبين العيب.

وكذلك إن حدث في المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن، لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين، لأن الزيادة المتولدة مبيعة عند الحنفية.

ولو استغل (استثمر) المشتري الأول الأرض، جاز بيعها من غير بيان، لأن الزيادة غير المتولدة من المبيع ليست مبيعة بالاتفاق.

ولو كان الثمن الأول مؤجلاً (نسيئة) لم يبع الشيء مرابحة حتى يبين ذلك، لأن الأجل سبب في زيادة الثمن عادة.

ولو اشترى شيئاً من شخص بدين له عليه، له أن يبيعه مرابحة من غير بيان، لأنه اشترى بمثمن في ذمته، لأن الدين لا يتعين ثمناً.

وإن اشترى شيئاً من طريق الصلح على دين، فليس له أن يبيعه مرابحة على ذلك الدين، لأن مبنى الصلح على الحط والتساهل.

ويجوز بيع الشيء بالعدد المرقوم عليه (المسجل) من غير بيان، لأنه صادق في ذكر الرقم، ولكن لا يقول: اشتريته بكذا، لأنه يكون كاذباً فيه، وذلك إذا علم المشتري الثاني بأن الثمن الأصلي والرقم متغايران، فإن علم أنهما سواء، حدثت الخيانة التي توجب الخيار له.

وكذلك لو ملك مالاً بالميراث أو الهبة، فقومه رجل عدل، ثم باعه مرابحة على قيمته، جاز، لأنه صادق في مقالته.

حكم الخيانة إذا ظهرت

إما أن تكون الخيانة في صفة الثمن أو في قدره:

فإن كانت في صفة الثمن ككونه مؤجلاً مثلاً، ولم يبين البائع ذلك، فللمشتري الثاني الخيار عند الحنفية والمالكية والشافعية، إن شاء ردَّ المبيع وإن شاء أخذه.

وإن كانت الخيانة في قدر الثمن في المرابحة والتولية: ثبت الخيار في رأي أبي حنيفة في المرابحة، وأما في التولية فيحط قدر الخيانة، ويلزم العقد بالثمن الباقي، لأن الخيانة في المرابحة لا تخرج العقد عن طبيعته، وهو كونه مرابحة، وأما في التولية فتخرج الخيانة العقد عن كونه تولية، ويصير مرابحة. وهو رأي الشافعية والحنابلة أيضاً.

ويرى أبو يوسف: أنه لا فرق بين المرابحة والتولية، ويحط قدر الخيانة فيهما.

وسوى محمد بن الحسن بين المرابحة والتولية في ثبوت الخيار للمشتري الثاني، إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن، وإن شاء رده على البائع.

والمفتى به عند الحنفية هو وجود الخيار برد المبيع أو الثمن على صاحبه بالغبن الفاحش (وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين كثلاثة من عشرة) وهو رأي المالكية أيضاً.

الإقالة

تعريفها وركنها، ومشروعيتها، وماهيتها وما يترتب عليها، وشروط صحتها

تعريف الإقالة وركنها ومشروعيتها

هي **لغة**: الرفع، **وشرعاً**: رفع العقد ولو في بعض المبيع، فمن باع شيئاً ثم طلب نقض البيع واسترداد المبيع، جاز له ذلك بموافقة المشتري، لا بمجرد رأيه أو رغبته، لأن المبيع انتقلت ملكيته إلى المشتري بالتراضي.

وركنها عند الحنفية: الإيجاب من أحد العاقدين، والقبول من الآخر. وتصح بما يصح به البيع من ألفاظ مثل: أقلتك أو فسخت البيع أو تركته، أو بالتعاطي ولو من جانب واحد، كقطع البائع القماش وجعله قميصاً بمجرد قول المشتري: أقلتك، وتصح أيضاً بلفظ الأمر مثل: أقلني، فيقول الآخر: أقلتك.

وهي **مشروعة ومندوبة**، لقوله ﷺ: «من أقال نادماً بيعته، أقال الله عسرته يوم القيامة»[١]، وفي رواية أبي داود: «من أقال مسلماً أقال الله عثرته..».

ماهية الإقالة وما يترتب عليها

الإقالة في رأي الإمام أبي حنيفة فسخ في حق العاقدين، وبيع جديد في حق شخص ثالث غيرهما، سواء قبل القبض أو بعده، إلا إذا لم يكن جعلها فسخاً، فتبطل، كولادة البهيمة المبيعة بعد القبض، لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة. ودليله على أنها فسخ هو: أنها رفع لغةً وشرعاً، ورفع الشيء: فسخه. وأما إنها بيع في حق غير العاقدين، فلأن كل واحد من المتعاقدين يأخذ رأس ماله ببدل، وهذا هو معنى البيع، إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق العاقدين، للتنافي[٢]،

---

(١) رواه ابن ماجه هكذا، وأبو داود وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أي لاختلاف البيع والإقالة في الاسم، لأن البيع إثبات، والرفع نفي، وبينهما تناف.

فأظهرناه في حق شخص ثالث غيرهما. ويترتب عليه ثبوت حق الشفعة للشفيع بعد الإقالة، لأنها عقد جديد في حقه، وهو المراد بالشخص الثالث هنا.

ويرى المالكية أنها بيع ثانٍ، لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه، لتمامها بالتراضي بين العاقدين، فيجوز فيها ما يجوز في البيوع، ويحرم فيها ما يحرم في البيوع.

ويتفق الشافعية والحنابلة مع أبي حنيفة ولكن على الإطلاق، فهي فسخ في حق الجميع، لأنها رفع وإزالة، ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسخاً، كالرَّد بالعيب.

ويترتب على هذا الاختلاف: أن الإقالة في رأي أبي حنيفة تصح بالثمن الأول، ويبطل ما شرطه المتعاقدان من الزيادة أو النقص أو الأجل، أو المطالبة بجنس آخر غير الثمن الأول، وهو رأي زفر والشافعية والحنابلة أيضاً. وتصح في مذهب المالكية بما يتفق عليه العاقدان.

شروط صحة الإقالة

يشترط لصحة الإقالة أربعة شروط وهي:

١ً- رضا المتقايلين: لأن الإقالة فسخ العقد على رأي الجمهور، وبيع جديد على رأي المالكية، والعقد السابق وقع بتراضي العاقدين، فكذا فسخه، أو إبرامه من جديد.

٢ً- تقابض بدلي الصرف في مجلس العقد: لأن الإقالة مبادلة أو وضع قانوني مغاير لما حدث بين العاقدين من بيع، وهي في رأي أبي حنيفة بيع جديد في حق شخص ثالث، وحق الشرع هنا بمثابة ثالث، فتكون بيعاً في حقه.

٣ً- أن يكون محل العقد محتملاً للفسخ في رأي الجمهور، لأنها فسخ للعقد عندهم، فإن لم يكن محتملاً للفسخ كطروء زيادة في المبيع كالولادة تمنع الفسخ، لم تصح الإقالة.

٤- وجود المبيع وقت الإقالة: لأن الإقالة على رأي الجمهور رفع العقد، والمبيع محله، فإن كان هالكاً كله وقت الإقالة، لم تصح، وإن هلك بعضه، لم تصح الإقالة بقدره.

القرض أو السلف

تعريفه ومشروعيته، وطريق انعقاده، وهل يثبت فيه خيار أو أجل؟ وما يصح فيه، وحكمه المترتب عليه، والقرض الذي يجر منفعة.

تعريف القرض ومشروعيته

القرض **لغة**: القطع، ويسمى المال المقترض قرضاً، لأنه قطعة من مال المقترض، تسمية للمفعول باسم المصدر. ويسمى أيضاً السلف.

وفقهاً: هو ما تعطيه من مال مثلي لتتقاضاه. أو هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله.

وهو مشروع إجماعاً لقوله تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَٰعِفَهُۥ لَهُۥٓ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾ [البقرة: ٢/ ٢٤٥]، ولقوله ﷺ: «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة»[١]. وهو مندوب في حق المقرض، مباح في حق المقترض، للحديث السابق، وحديث: «من نفَّس عن مسلم كُرْبة من كُرَب الدنيا، نفَّس الله عنه كربة من كُرَب يوم القيامة، ومن يَسَّر على مُعسر، يسَّر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[٢].

---

(١) رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه، والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٢) رواه مسلم، وأبو داود، والترمذي وحسَّنه، والنَّسائي وابن ماجه مختصراً، والحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

طريق انعقاده

ينعقد القرض بالإيجاب والقبول، لأنه تمليك آدمي، فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة. ويشترط في عاقده أن يكون جائز التصرف، لأنه عقد على المال، فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع، بل لا بد من كون المقرض كامل الأهلية رشيداً، لأنه تصرف ضارّ، فلم يصح إلا ممن يصح منه التبرع.

ويصح بلفظ القرض والسلف، لأن الشرع ورد بهما، كما يصح بما يؤدي معناه وهذا التمليك بشرط ردّ بدله.

حكم الخيار والأجل فيه

لا يصح فيه خيار الشرط وخيار المجلس، لأن المقصود من الخيار هو الفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد من العاقدين فسخه متى شاء، فلا معنى للخيار.

ولا يصح فيه عند الجمهور اشتراط الأجل، فإن أجل القرض إلى أجل مسمى معلوم، لم يتأجل وكان حالاً، لأنه في معنى بيع الدرهم بالدرهم الذي قد يشتمل على الربا، فلا يجوز التأجيل فيه منعاً من الوقوع في ربا النسيئة، ولأن القرض محض تبرع، فيحق للمقرض المطالبة ببدله في الحال.

لكن قال الحنفية: يصح تأجيل القرض، لكن الأجل غير لازم، ويلزم في الوصية، وفي حال جحود القرض، بأن يكون القرض مجحوداً، فيؤجله صاحبه، فيصير الأجل لازماً، وفي الحكم القضائي بأن يحكم القاضي بلزومه، وفي الحوالة بأن يحيل المدين دائنه على آخر، فيؤجله المقرض أو يحيله على مديون مؤجل دينه، وهو في الحقيقة تأجيل دين لا قرض.

وذهب المالكية إلى أنه يتأجل القرض بالتأجيل، لقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[1]، وهذا ينسجم مع الواقع الشائع.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والدارقطني عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده مرفوعاً، وصححه ابن حبان، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ما يصح فيه القرض

للعلماء فيه رأيان:

يرى الحنفية: أن القرض يصح في المثليات وهي المكيل كالحبوب والموزون كالقطن والمذروع كالقماش والعددي المتقارب كالجوز والبيض، والورق من قياس واحد. ويجوز قرض الخبز وزناً وعدداً، لحاجة الناس إليه. ولا يجوز في القيميات كالحيوان والحطب والعقار، والعددي المتفاوت لتعذر رد المثل.

وذهب الجمهور إلى أنه يصح قرض كل مال مثلي كالنقود والأطعمة، أو قيمي كعروض التجارة والحيوان ونحوها، لأن النبي ﷺ في حديث أبي رافع: «استسلف بَكراً[1]»[2]. ولكن لا يصح القرض فيما لا يصح فيه السَّلَم كالجواهر ونحوها، لتعذر ضبط مثلها أو ندرة وجودها.

ولا يصح قرض **المنافع**، خلافاً لابن تيمية رحمه الله، كأن يسكنه داره ليسكنه الآخر داراً مثلها أو بدلها، أو يحصد معه زرعاً يوماً أو أكثر ليحصد الآخر معه مثله. ولا يصح القرض فيما لا يقبل الثبوت في الذِّمة كالشيء المعين من أرض أو دار وحانوت وبستان، لأن القرض يقتضي ردّ المثل، وهذه لا مثل لها. ولا يصح القرض في نادر الوجود كالجواهر كما تقدم.

حكم القرض أو الأثر المترتب عليه

فيه اتجاهان:

ففي رأي أبي حنيفة ومحمد، والشافعية والحنابلة: يثبت الملك في القرض بالقبض، وعلى المقترض ردّ مثله لا عينه، ولو كان قائماً، كالمكيل والموزون. أما القيمي، فيرد مثله صورة عند الشافعية، لأن النبي ﷺ - كما تقدم - اقترض

(١) البَكْر: الثني من الإبل.

(٢) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة، وسيأتي نصه.

بَكْراً، وردَّ رباعياً، وقال: «إن خياركم أحسنكم قضاء». وعند الحنابلة وجهان: أحدهما - ترد قيمته يوم القرض، والثاني: يرد مثله بصفاته تقريباً.

وذهب المالكية: إلى أنه يثبت الملك في القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة والعارية بالعقد، وإن لم يقبض المقترض المال، وله أن يرد مثل المال أو عينه، سواء كان مثلياً أو غير مثلي، ما لم يتغير بزيادة أو نقص، فإن تغير وجب ردّ المثل.

مكان الوفاء: يجب بالاتفاق وفاء القرض في البلد الذي تمَّ فيه الإقراض، ويصح إيفاؤه في أي مكان آخر إذا لم يحتج نقله إلى حمل ومؤنة، أو وجد خوف الطريق، فإن احتاج إلى ذلك، لم يلزم المقرض بتسلمه.

القرض الذي جرَّ منفعة

اتفق الفقهاء على حرمة القرض الذي جرَّ منفعة مشروطة أو متعارفاً عليها، لأن ذلك ربا، فلا يحل للدائن المرتهن مثلاً الانتفاع بالرهن إذا كان مشروطاً أو متعارفاً.

وإن لم يكن الانتفاع مشروطاً أو متعارفاً، فيكره الانتفاع تحريماً عند الحنفية، إلا إن أذن الراهن به للمرتهن، كما جاء في معتبرات كتب الحنفية، وقال بعضهم: لا يحل الانتفاع وإن أذن الراهن به، وهذا هو المتفق مع اتجاه الشريعة الأصيل في تحريم الربا.

وتحريم هدية المقترض عند المالكية إذا كانت بقصد تأخير الدين ونحوه. ويجوز عندهم وقت وفاء الدين الوفاء بأكثر من الدين إن كان نشوء الدين بسبب البيع، فإن كان بسبب قرض، فتحرم الزيادة المشروطة أو الموعود بها أو المتعارف عليها، وتحل الزيادة بالأفضل صفة بغير شرط ولا وعد ولا عادة، لأن النبي ﷺ استسلف بَكْراً، وقضى جملاً رباعياً كما تقدم. أما الأفضل مقداراً فلا يجوز في رأي الإمام مالك إلا اليسير جداً، وأجازه ابن حبيب مطلقاً.

ويحرم أيضاً عند الشافعية والحنابلة ردّ زيادة مشروطة في القرض، لأن النبي ﷺ «نهى عن سلف وبيع»[١]، والسلف هو القرض. وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم «نهوا عن قرض جرَّ منفعة»[٢].

ويجوز عند الشافعية والحنابلة ردّ زيادة غير مشروطة في القرض، سواء كانت زيادة في الصفة أو في القدر، لحديث أبي رافع رضي الله عنه قال: «استسلف رسول الله ﷺ من رجل بَكْراً[٣]، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بَكْراً، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خِياراً رَباعياً[٤]، فقال النبي ﷺ: أعطه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء»[٥]، وروى جابر رضي الله عنه فقال: «كان لي على رسول الله ﷺ حق، فقضاني وزادني»[٦].

والخلاصة: أجاز الجمهور هدية المديان إن لم تكن مشروطة، أو كانت بسبب تواصل سابق، ومنعها المالكية كما تقدم.

ما يشترط لجواز القرض

يشترط شرطان:

أ - ألا يجر نفعاً للمقرض: فذلك ممنوع اتفاقاً للنهي عنه.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي والنَّسائي من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه بلفظ: «لا يحل سلف وبيع».

(٢) هذا أثر عن الصحابة، وليس حديثاً، كما ذكر المحدثون كالحافظ الزيلعي وغيره، لكن معناه صحيح عمل به الصحابة، وهو ظاهر في القرض الذي شرط فيه النفع أو جرى به العرف، كما قرر الكرخي من الحنفية وغيره.

(٣) هو الثني من الإبل، كما تقدم.

(٤) الخيار: المختار، والرباعي: الذي ألقى رباعيته (السن التي بين الثنية والناب) وهو الذي أكمل ست سنوات ودخل في السابعة.

(٥) رواه كما تقدم أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة.

(٦) رواه أحمد والبخاري ومسلم.

٢- ألا ينضم إلى السلف عقد آخر كالبيع وغيره، للنهي عنه، كما تقدم.

السُّفتجه: هي معاملة مالية يقرض فيها إنسان قرضاً لآخر في بلده، ليوفيه المقترض أو نائبه أو مدينه إلى المقرض أو نائبه أو دائنه، في بلد آخر معين.

وهي ممنوعة عند الجمهور، لأنها قرض جرَّ نفعاً، إلا في حال الضرورة في رأي المالكية، حفظاً لماله. وأجازها الحنابلة إن كانت بلا مقابل، لأن المنفعة لا تخص المقرض، بل ينتفعان بها جميعاً.

صندوق التوفير وشهادات الاستثمار

المال المدفوع في الواقع قرض، لا وديعة، لأن المستثمرين يتصرفون فيه ويستثمرونه في الأعمال، والوديعة لا يجوز التصرف فيها، فإن أذن المودع بالتصرف فيها كانت قرضاً.

والمؤكد أن أموال الصندوق والشهادات المذكورة تودع في البنوك، وتؤخذ عنها الفوائد، ويعطى بعضها لأصحابها، والباقي للقائمين عليها. ولو كان هناك استثمار بالفعل، فالربح المقطوع المحدد بفائدة سنوية معينة ممنوع شرعاً، لأن الشركة الجائزة هي القائمة على مبدأ الربح والخسارة، فإن ضمن الربح كان العقد والربح حراماً.

الإجارة

تعريفها وركنها ومشروعيتها، وشروطها، وصفة عقدها، وحكمها المترتب عليها، ونوعاها وحكم كل نوع، وضمان الأجير، وحالات انتهاء عقد الإجارة.

تعريف الإجارة وركنها ومشروعيتها

الإيجار **لغة**: بيع المنفعة، **واصطلاحاً**: عقد على المنافع بعوض، أو هو تمليك منافع شيء، مباحة، مدة معلومة، بعوض.

ولا يصح تعليق الإجارة بشرط كالبيع اتفاقاً، وأجاز الجمهور غير الشافعية إضافتها إلى زمن في المستقبل، مثل آجرتك هذه الدار في مطلع شهر كذا في المستقبل، أو الإجارة في الذمة كإجارة دابة للنقل إلى بلد معين في وقت معين، لأن الدين يقبل التأجيل. ولم يجز الشافعية إضافة الإجارة للمستقبل كالبيع، ولكنهم أجازوا الإجارة في الذِّمة.

ولم يجز أكثر الفقهاء إجارة الأعيان، كإجارة الشجر للثمر، وإجارة الشاة للبن أو الصوف أو الولد، لأن هذه أعيان، والإجارة ترد على المنافع، فلا تستحق الأعيان بعقد الإجارة. وعليه لا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة، ولا إجارة البركة أو البحرة لصيد السمك منها، لكن جاء في الفتاوى الهندية في إجارة الآجام للصيد: الفتوى على الجواز، لعموم البلوى.

ولا يجوز أيضاً عند الجمهور استئجار الفحل للضراب، لأن إنزال الماء عين، وقد «نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل»[1] أي كرائه. ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات، لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود والنَّسائي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

أعيانها، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة لا العين، لكن أجاز المالكية كراء الفحل للنزو على الإناث.

واستثنوا استئجار المرضع (الظئر) للضرورة، وإجارة الحجّام للحاجة.

وأجاز ابن القيم إجارة الأعيان، لأن هذه الأعيان، لما كانت تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل، كانت كالمنفعة[١].

ركنها

عند الحنفية: الإيجاب والقبول كبقية العقود، بأي لفظ يفيد تمليك المنفعة ولو بلفظ البيع، مثل: أجرت واستأجرت واكتريت وأكريت ونحو ذلك.

وللإيجار عند الجمهور أربعة أركان: عاقدان (مؤجر ومستأجر) وصيغة (إيجاب وقبول) وأجرة، ومنفعة.

مشروعية الإجارة

متفق عليها بين الفقهاء ما عدا أبا بكر الأصم وإسماعيل بن عُلَية، والحسن البصري، والقاشاني والنهرواني وابن كَيْسان، فإنهم لم يجيزوها، لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض، ثم تستوفى شيئاً فشيئاً مع مرور الزمن، والمعدوم لا يحتمل البيع، ولا يجوز إضافة البيع إلى شيء في المستقبل. ويرد عليهم بأن المنافع وإن كانت معدومة في حال العقد، فهي مستوفاة في الغالب، مع الزمن، وهناك حاجة إليها.

وأدلة جوازها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦٥/٦]، وقوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفَّ عرقه»[٢]، وقوله أيضاً: «من

(١) أعلام الموقعين ٢/ ١٥

(٢) رواه مجموعة من الصحابة كأبي هريرة عند أبي يعلى، وابن عمر عند ابن ماجه، وجابر عند الطبراني في الصغير، وأنس عند الحكيم الترمذي.

استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[١]. وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره»[٢].

شروط الإجارة

يشترط في الإجارة كالبيع أربعة أنواع من الشروط وهي: شروط الانعقاد، وشروط النفاذ، وشروط الصحة، وشروط اللزوم.

شروط الانعقاد

هي كشروط البيع ثلاثة أنواع: شروط في العاقد، وفي نفس العقد، وفي مكان العقد، فيشترط في العاقد عند الحنفية والمالكية: التميز، فلا تنعقد الإجارة من الصبي غير المميز والمجنون، كما لا ينعقد البيع منهما، ولا يشترط البلوغ لانعقاد العقد ولا لنفاذه عند الحنفية، فينفذ عقد الإجارة من الصبي المميز إن كان مأذوناً له في ذلك، ويكون عقده موقوفاً على إجازة وليه إن كان محجوراً عن التصرف.

والتميز شرط عند المالكية في الإيجار والبيع، والبلوغ شرط للنفاذ، فينعقد إيجار المميز موقوفاً على رضا وليه.

والبلوغ والعقل شرطان لانعقاد الإيجار كالبيع عند الشافعية والحنابلة، لأنه عقد تمليك في الحياة، فأشبه البيع.

شروط النفاذ

يشترط لنفاذ عقد الإجارة عند الحنفية والمالكية: الملك أو الولاية، فلا تنفذ إجازة الفضولي، لعدم الملك والولاية، وإنما ينعقد العقد موقوفاً على إجازة المالك، كما في عقد البيع.

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري، والصحيح أنه موقوف على أبي سعيد.

(٢) رواه أحمد والبخاري ومسلم، زاد البخاري في لفظ: «ولو كان سحتاً لم يعطه».

وتلحق الإجازة العقد الموقوف بشرط وجود المعقود عليه، فإن أجاز المالك العقد قبل استيفاء المنفعة، صحت الإجازة، وكانت الأجرة له، لأن المعقود عليه موجود. وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة، لم تجز إجازته، وكانت الأجرة للعاقد، لأن المنافع المعقود عليها تلاشت في الماضي، فتكون عند الإجازة معدومة، فلا يبقى العقد بعدئذ، لفوات محله، فلا تصح الإجازة.

شروط صحة الإجارة

هي سبعة كما ذكر الحنفية وهي:

١- **رضا العاقدين**: وهو شرط في كل العقود، للآية الكريمة: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٤/٢٩]، والإجارة تجارة، لوجود معنى المبادلة فيها.

٢- **أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً**: فإن كان مجهولاً جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة، لم يصح العقد، لأن الجهالة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يتحقق المقصود من العقد.

ويكون بيان محل المنفعة بمعرفة العين المستأجرة بعينها.

وبيان المدة مطلوب في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت واستئجار الظئر (المرضع) لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة.

وتصح الإجارة مشاهرة أو معاومة (كل عام) عند الجمهور، وتلزم في الشهر أو العام الأول، وأما بقية المدة فتلزم الإجارة بدخول الشهر ونحوه. ولم يجز الشافعية هذا النوع من الإجارة، لجهالة المدة.

ودليل الجمهور: حديثان يتضمنان جواز الاستئجار على العمل مياومة أو مشاهرة أو معاومة أو معاددة، وهما حديث علي الذي عمل لامرأة أنصارية عملاً

في مقابل ست عشرة تمرة[١]، أي أن يفعل العامل عدداً معلوماً من العمل بعدد معلوم من الأجرة، وإن لم يبين في الابتداء مقدار جميع العمل والأجرة. وحديث أنس قال: لما قدم المهاجرون من مكة المدينةَ، قدموا وليس بأيديهم شيء، فكانت الأنصار أهلَ الأرض والعقار، فقاسمهم الأنصار على أن أعطوهم نصف ثمار أموالهم، كلَّ عام، ويكفوهم العمل والمؤنة[٢]. وهو دليل على جواز إجارة الأرض بنصف الثمرة الخارجة منها في كل عام. ومثله حديث ابن عمر في الموضوع في معاملة أهل خيبر بالشطر كل عام دون تجديد الإجارة بعد وفاة النبي ﷺ.

وبيان العمل في استئجار الصناع والعمال مطلوب، منعاً من الجهالة المفضية إلى المنازعة.

ولم يجز أبو حنيفة خلافاً للصاحبين الجمع بين اشتراط المدة والعمل معاً في إجارة الأعمال، لأن المعقود عليه يصبح مجهولاً، فيفسد العقد، لأن العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل، لصيرورة العامل أجيراً خاصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل، ويصير العامل أجيراً مشتركاً، فيصير المعقود عليه مجهولاً.

وكذلك قال المالكية والشافعية، لا تصح الإجارة، لوجود الغرر، فقد يتقدم العمل أو يتأخر عن المدة المحددة.

وأجاز الحنابلة تقدير الإجارة بمدة وعمل إذا كان المأجور مما له عمل ينضبط كالحيوان، فتتقدر منافعه به. ولا تصح الإجارة حينئذ إن لم يكن للمأجور عمل منضبط كالدار والأرض، فلا بد من تقدير المدة، ومتى تقدرت المدة، لم يجز تقدير العمل، لأن الجمع بينهما يوقع في الغرر، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة، وقد لا يفرغ العامل من

---

(١) رواه أحمد.

(٢) رواه البخاري ومسلم (راجع منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٩٣ - ٢٩٤).

العمل في المدة، فإن أتمه بعدها عمل في غير المدة، وإن لم يعمله، لم ينفِّذ ما وقع عليه العقد، وهذا غرر أمكن التحرز عنه، وعلى هذا يكون الحنابلة مع الجمهور في منع الجمع بين اشتراط المدة والعمل معاً.

٣- أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً: فلا تجوز إجارة متعذر التسليم فعلاً كإجارة البعير الشارد والأخرس للكلام، أو شرعاً كإجارة الحائض لكنس المسجد، والطبيب لقلع سن صحيحة، والساحر على تعليم السحر.

ولا تجوز إجارة المشاع من غير الشريك في رأي أبي حنيفة وزفر والحنابلة، لتعذر تسلم السهم الشائع بمفرده، والمتصور هو تسليمه مع غيره، وهو غير معقود عليه.

وأجاز الصاحبان وبقية الفقهاء **إجارة المشاع** مطلقاً من الشريك وغيره، لأن للمشاع منفعة، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ، كما يجوز بيع المشاع، والإجارة أحد نوعي البيع.

٤- أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعاً: كاستئجار كتاب للنظر والقراءة فيه والنقل منه، واستئجار دار للسكنى فيها، واستئجار شبكة للصيد ونحو ذلك.

ولا يجوز الاستئجار على المعاصي، كاللهو المحرم وتعليم السحر والشعر الممنوع وانتساخ كتب البدع المحرمة، واستئجار المغنيات والنائحات، لأنه استئجار على معصية، والاستئجار للقتل أو السجن بغير حق، أو الضرب ظلماً ونحو ذلك، لأنه استئجار على فعل معصية. واستئجار مكان لاتخاذه كنيسة أو بيع الخمر، أو للقمار، لأنه استئجار على معصية.

٥- ألا يكون العمل المستأجر له فرضاً أو واجباً على العامل قبل العقد: فلا تصح الإجارة على القرب والطاعات كالصلاة والصوم والحج والإمامة والأذان وتعليم القرآن. وهذا متفق عليه بين الحنفية والحنابلة.

لكن أفتى المتأخرون من العلماء على جواز أخذ المعلم أجرة المثل على تعليم القرآن، وكذا على أعمال الإمامة والأذان والإقامة، حفاظاً على الشعائر.

وأجاز المالكية والشافعية الإجارة على تعليم القرآن ونحوه من العلوم وعلى أعمال الطاعات، لقوله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله»[١]. وأجاز النبي ﷺ أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن[٢]. لكن شرط المالكية ألا تنفرد الإمامة عن الأذان. وأجاز المذهبان الإجارة على أعمال الحج، لإقرار الرسول ﷺ حج صحابي عن غيره.

ولم يجز الحنفية الاستئجار على غسل الميت، لأنه واجب كفائي، ويجوز حفر القبور وعلى حمل الجنائز. وأجاز الشافعية الإجارة لتجهيز ميت ودفنه، والتجهيز يشمل الغسل والتكفين.

ولا تجوز إجارة امرأة (زوجة) شهراً لخدمة البيت، لأنها مستحقة عليها. ولا يجوز استئجار الرجل زوجته على رضاع ولده منها أثناء الزوجية، لأنه استئجار على خدمة الولد، ويدخل اللبن فيه تبعاً، وهو واجب عليها ديانة.

٦- **ألا ينتفع الأجير بعمله**: فإن كان ينتفع به لم يجز، فلا تصح الإجارة على الطاعات، لأن القائم بها عامل لنفسه. ولا يصح استئجار رجل ليطحن لآخر حنطة بجزء من دقيقها، أو ليعصر له سمسماً بجزء معلوم من دهنه، لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر، فيكون عاملاً لنفسه، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان»[٣]. لأن مقدار القفيز مجهول.

ووافق الشافعية على هذا أيضاً، لكن المالكية والحنابلة أجازوا ذلك إذا كان الكيل معلوماً، لعدم صحة الحديث المتقدم.

(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم.

(٢) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(٣) رواه الدارقطني عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وفي إسناده هشام أبو كليب وهو منكر لا يعرف.

وأجاز الحنابلة إعطاء بعض القمح أو الحب لدارسه أو حامله.

٧- **أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة** ويجري بها التعامل بين الناس. فلا يصح استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو الاستظلال بها، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر.

والإجارة تفسدها الشروط المخالفة لمقتضى العقد، كما تفسد البيع بذلك، لأن الإجارة بمنزلة البيع، لأنها بيع المنافع[١].

وشرط المحل المعقود عليه: أن يكون مقبوضاً إذا كان منقولاً في رأي الحنفية، فإن لم يكن مقبوضاً، فلا تصح إجارته، «لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض»[٢]، والإجارة نوع من البيع، فيشملها النهي.

لكن أجاز الحنفية إجارة العقار قبل قبضه كالبيع، خلافاً للشافعية.

وشرط ركن العقد عند الحنفية: أن يخلو من شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه: فلو آجر المالك داره على أن يسكنها شهراً بعد العقد، ثم يسلمها إلى المستأجر، أو آجر أرضاً على أن يزرعها، ثم يسلمها إلى المستأجر، أو آجر دابة على أن يركبها لبلد معين، فالإجارة عند الجمهور فاسدة، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، لوجود منفعة زائدة للمالك، لا يقابلها عوض، فيفسد العقد، وأجاز الحنابلة هذا الشرط عملاً بما ثبت في السنة النبوية، وهو حديث جابر كما تقدم: أن النبي ﷺ اشترى من جابر بعيراً، واشترط حُملانه عليه إلى أهله في المدينة[٣].

---

(١) اللباب شرح الكتاب ٢/ ٩٥.

(٢) روى الإمام أحمد عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله، إني أشتري بيوعاً، فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه» لكن في إسناده العلاء بن خالد الواسطي، وثقه ابن حبان، وضعفه موسى بن إسماعيل (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ١٥٧ - ١٥٨) وروى أبو داود والدارقطني والحاكم وصححه، وابن حبان وصححه أيضاً عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزَها التجار إلى رِحالهم. (المرجع والمكان السابق).

(٣) أخرج لفظه أحمد والشيخان عن جابر رضي الله عنه، والمذكور هو معنى الحديث.

وشروط الأجرة أهمها اثنان:

١- أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً: للحديث المتقدم: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» ولفظ آخر لأبي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يبيِّن له أجره»[١]، فلا تصح إجارة عامل بأجر معلوم وبطعامه، أو إجارة دابة بأجر معلوم وبعلفها، لجهالة الأجَر.

وأجاز المالكية استئجار الأجير للخدمة والدابة ونحوها بالطعام والكسوة ونحوها، وكذا **استئجار الظئر** بطعام أو بغيره، عملاً بالمتعارف بين الناس. وهذا جائز أيضاً استحساناً عند أبي حنيفة، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٣].

واشترط أبو حنيفة أيضاً خلافاً للصاحبين تعيين مكان إيفاء الأجرة فيما يحتاج لحمل ومؤنة.

ولا يجوز عند الجمهور كون **الأجرة جزءاً من المعقود عليه**، كما تقدم، كما لو استأجر السلاّخ بالجلد، والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق، لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا، وهل هو ثخين أو رقيق؟ ولا يعلم مقدار الطحين، فيختلف الناتج بحسب دسامة الحب ونحافته، ولأنه ﷺ نهى عن عَسْب الفحل وعن قفيز الطحان[٢]. وأجازه بعض المالكية والحنابلة، لأن الأجرة معلومة بقدر معين، ولأن الحديث لم يصح، والمشهور عند المالكية فساد هذه الإجارة، لجهالة قدر الأجرة.

---

(١) رواه أحمد، والبيهقي وعبد الرزاق وإسحاق في مسنده، وأبو داود في المراسيل، والنَّسائي في الزراعة غير مرفوع، ولفظ بعضهم هو المذكور أولاً، قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب. اهـ (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٩٢).

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد لكن في إسناده منكر الحديث (نيل الأوطار ٥/ ٢٩٢).

وأما مقابل الخلو (أو الفراغ) اليوم: فهو جائز في المذاهب للمستأجر في حدود مدة الإجارة المتفق عليها، لأنه يملك المنفعة، وله استيفاؤها بنفسه أو بغيره، وإذا شرط المؤجر على المستأجر تقديم فروغ، فيجوز أيضاً ويعدّ ذلك جزءاً معجلاً من الأجرة، والباقي يدفع بحسب المدة المتفق عليها.

٢- ألّا تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه: كإجارة السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة، والركوب بالركوب، والزراعة بالزراعة، منعاً من الوقوع في الربا في رأي الحنفية، فإنهم يعتبرون اتحاد الجنس وحده سبباً في وجود الربا أي ربا النسيئة، لكن الجنس بانفراده لا يحرم العقد بسبب الربا عند الشافعية، فيحل هذا التعاقد.

شروط لزوم الإجارة

يشترط شرطان:

الأول - سلامة العين المؤجرة عن حدوث عيب يخل بالانتفاع بها قبل القبض: فإذا وجد هذا العيب، كطروء مرض أو عرج في الدابة، أو انهدام بعض الدار المأجورة، قبل تسلّم المؤجرة، كان المستأجر بالخيار بين الإبقاء على الإجارة، ودفع كامل الأجرة، وبين فسخها، لأن هذا عيب قبل القبض.

وإن زال العيب قبل الفسخ، كأن صح المريض وزال العرج، وبنى المؤجر ما سقط من الدار، بطل خيار المستأجر بالفسخ، لزوال موجب الخيار.

ويثبت للمستأجر أيضاً حق الفسخ إن طرأ هذا العيب أثناء الانتفاع بالمأجور، ولم يقم المؤجر بتقديم البديل أو إصلاح الخلل، كما سيأتي بيانه في الشرط الثاني.

وللمستأجر حق الفسخ أيضاً بتفرق الصفقة في المنافع بعدم إبرام العقد على أكثر من شيء، كسقوط أحد البناءين المستأجرين، أو امتناع المؤجر عن تسليم بيت من الدار المؤجرة، منعاً من تجزئة الصفقة عليه.

الثاني - عدم حدوث عذر يجيز فسخ الإجارة: كطروء عذر مانع أحد العاقدين عن الاستمرار في العقد، أو عذر في الشيء المأجور، فيحق حينئذ للمستأجر فسخ العقد، لأن الإجارة تفسخ بالأعذار عند الحنفية خلافاً للجمهور، منعاً من لحاق ضرر بالمستأجر، لم يلتزمه بالعقد.

وعذر المستأجر: مثل إفلاسه أو انتقاله من الحرفة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى أخرى، أو السفر عن البلد، لأن في بقاء العقد ضرراً به.

وعذر المؤجر: مثل لحوق دين فادح به، لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء أو أدائه من ثمنه، وثبت الدين بالبينة أو بالإقرار.

ولا يعد السفر أو الانتقال من بلد عذراً للمؤجر يبيح له فسخ الإجارة الواردة على عقار، لأن استيفاء منفعة العقار في غيبته لا ضرر عليه فيه.

ومرض الحمال والجمال بحيث يضره الحمل، بعد عذراً في رأي أبي يوسف، خلافاً لمحمد، رفعاً للضرر عن المستأجر، والضرر لا يستحق بالعقد.

وعذر في الشيء المأجور أو العين المؤجرة يجيز الفسخ كإعتاق العبد، وهو مثال للأول، ونزوح أو هجرة أهل القرية بعد استئجار حمام فيها ليستغله مدة معلومة، فيجوز له فسخ الإجارة، ولا يجب عليه دفع الأجرة للمؤجر.

صفة الإجارة

الإجارة في رأي الحنفية عقد لازم، لكن يجوز فسخه بعذر، كما أوضحت، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ٥/١]، والفسخ بحسب الأصل ليس من الإيفاء بالعقد.

وفي رأي الجمهور هي عقد لازم، لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب في المأجور، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، للآية الكريمة: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ٥/١] ولأن الإجارة عقد معاوضة، فلم ينفسخ كالبيع.

ويترتب على الخلاف: أن الإجارة تنفسخ عند الحنفية بموت أحد العاقدين (المؤجر أو المستأجر) لأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، فإذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى الورثة، حدثت المنافع على ملك الوارث، فلا يستحقها المستأجر، لأنه لم يعقد العقد مع الوارث.

ولا تنفسخ الإجارة عند الجمهور بموت أحد العاقدين، لأن الإجارة عقد لازم، وعقد معاوضة، فلا ينفسخ بموت العاقد كالبيع.

حكم الإجارة المترتب عليها

حكم **الإجارة الصحيحة**: ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر، وثبوت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر، لأنها عقد معاوضة، لأنها بيع المنفعة.

وحكم **الإجارة الفاسدة** إذا استوفى المستأجر المنفعة: وجوب أجر المثل عند أكثر الحنفية على ألا يجاوز به الأجر المسمى إذا كان الفساد بسبب شرط فاسد، فإن كان بسبب الجهالة أو عدم تسمية الأجرة، فيجب الأجر بالغاً ما بلغ.

وعند زفر وبقية المذاهب: يجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل بالغاً ما بلغ، كالبيع إذا فسد، وجبت القيمة بالغة ما بلغت.

نوعا الإجارة وحكُم كل نوع

الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وهي: أن يكون المعقود عليه منفعة، وإجارة على الأعمال وهي: أن المعقود عليه هو العمل.

وإجارة المنافع كإجارة الدور والحوانيت والأراضي، والدواب ونحوها للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني والظروف للاستعمال.

أحكام إجارة المنافع

يجوز العقد على أنه المنافع المباحة، ولا يجوز على المنافع المحرمة لحرمة الانتفاع بها، فلا يحل أخذ العوض عليها اتفاقاً كالميتة والدم.

- ويثبت حكم الإجارة على المنافع المباحة عند الحنفية والمالكية شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة أو نشوئها تدريجاً.

ويثبت حكم الإجارة في رأي الشافعية والحنابلة في الحال، وتجعل مدة الإجارة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة.

ويترتب على هذا الخلاف ما يأتي:

١ - أن الأجرة عند الفريق الأول لا تملك بنفس العقد، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً بحسب قبض المنفعة. وتثبت عند الفريق الثاني بمجرد العقد، لأن الإجارة عقد معاوضة، والمعاوضة إذا كانت مطلقة عن الشرط تقتضي الملك في العوضين عقب العقد، كما يملك البائع الثمن بالبيع.

وتجب الأجرة وتملك في رأي الفريق الأول بأحد أمور ثلاثة:

الأول - باشتراط تعجيلها في نفس العقد.

والثاني - بتعجيلها من غير شرط.

والثالث - باستيفاء المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، أو بتسليم المفتاح؛ لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض، فيملك المؤجر العوض في مقابلته، تحقيقاً لمبدأ المساواة بين العاقدين.

وإذا اتفق العاقدان على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الإجارة، جاز ذلك، ويكون تأجيلاً للأجرة كتأجيل الثمن.

وإذا لم يتفق في العقد على شيء تجب الأجرة في رأي الحنفية حالاً فحالاً، كلما مضى يوم يسلّم المستأجر أجرته، لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع.

وأما رأي الفريق الثاني في **تأجيل الأجرة وتعجيلها**: ففي إجارة الذمة يشترط فيها تسليم الأجرة في مجلس العقد، لأنها بمثابة رأس المال في عقد السلم، منعاً من بيع الدين بالدين.

وفي إجارة العين المعينة مثل استأجرتك لتخدمني سنة بهذا المبلغ، فلا يصح تأجيلها، فإن كانت الأجرة في الذِّمة، فيجوز تأجيلها وتعجيلها، وفي حالة الإطلاق: يجب تعجيلها كالمقرر في عقد البيع.

٢- يجب على المؤجر في رأي الفريق الأول تسليم العين المؤجرة عقب العقد، وليس له حبسها على المستأجر لاستيفاء الأجرة، لأن الأجرة لا تجب عندهم بمجرد العقد، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً فيوماً، على عكس البيع، فإن الثمن واجب الدفع عقيب العقد.

٣- تجوز الإجارة المضافة للمستقبل على رأي الفريق الأول، ومعهم الحنابلة، كاستئجار دار أو أرض في بدء تاريخ آتٍ، لأن الإيجار ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً، فكان العقد مضافاً إلى تاريخ وجود المنفعة بدلالة ضمنية، وهذا بخلاف البيع للضرورة أو الحاجة. ودليل الحنابلة: أن المدة في المستقبل يجوز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة، واشتراط القدرة على التسليم إنما يكون عند وجوب التسليم كالمسلم فيه.

ولا تصح إجارة العين المعينة عند الشافعية لمدة في المستقبل، لأن الإجارة بيع المنفعة والبيع لا يتأجل. أما في إجارة الذمة فيصح تأجيل المنفعة فيها إلى أجل معلوم في المستقبل، مثل ألزمتك أن تحملني إلى مكة أول شهر كذا.

- ومن أحكام إجارة المنافع:

أن المستأجر لدار أو حانوت ونحوهما له أن ينتفع بها كيف شاء من السكنى بنفسه أو إسكان غيره بالإجارة أو بالإعارة، وله وضع متاعه فيه وغيره، لكن لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر البناء ويوهنه من آلات المعامل، لأن المستأجر ملك المنفعة، فله أن يستوفيها بنفسه أو بغيره، بشرط ألا يلحق ضرراً بالبناء بحسب المتعارف بين الناس.

- وفي إجارة الأرض: لا بد عند الحنفية من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغيرها، وإلا كانت الإجارة فاسدة.

- وفي إجارة الدواب: لا بد من بيان أحد شيئين: المدة أو المكان، وإلا فسدت الإجارة، ولا بد من بيان ما تستأجر له الدابة من الحمل أو الركوب، لتفاوت المنفعة بينهما. وبيان ما يحمل عليها ومن يركبها لتفاوت أنواع الحمولة، وتفاوت الناس في الركوب.

- والمؤجر: هو الملزم بإصلاحات العين المؤجرة الثابتة كالتطيين وتعطل المجاري والأنابيب والدلو والبالوعة والمخرج، وانهدام الجدار وسقوط شيء من البناء، لأنه هو المالك، ولكن لا يجبر على الإصلاح، وإنما يثبت الخيار للمستأجر في فسخ الإجارة، لوجود عيب في المعقود عليه.

وعلى المستأجر رفع التراب الذي يحدث من كنسه إذا انقضت مدة الإجارة، لأن التراب حدث بفعله.

التزامات المستأجر بعد انتهاء الإجارة: يلزم بما يأتي:

١- تسليم مفتاح الدار والحانوت إلى المؤجر بعد انتهاء المدة.

٢- إعادة المأجور من دابة أو آلة إلى الموضع الذي تسلمها منه. لكن إن حدد المستأجر مسافة الانتفاع بالدابة من موضع كذا إلى كذا، وقال: سأرجع بعدئذ إلى منزلي، أو حدد وقتاً معلوماً لقضاء حوائجه في بلد ما، لم يلزم برد المأجور إلى منزل المؤجر، وإنما على المؤجر أن يتسلمها من منزل المستأجر، لانقضاء مدة الإجارة، فتبقى الدابة بعدها أمانة في يده، فلا يلزم بردها كالوديعة.

أحكام الإجارة على الأعمال

الإجارة على الأعمال كما تقدم هي: التي تعقد على عمل معلوم كبناء، وخياطة، وحمل إلى موضع معلوم، وصبغ ثوب، وإصلاح حذاء ونحوه.

والعامل (أو الأجير) نوعان: أجير خاص وأجير عام أو مشترك.

أما **الأجير الخاص** (أو أجير الوَحَد) فهو: الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة. وحكمه: أنه لا يجوز له العمل لغير مستأجره. وظئر الإرضاع بمنزلة الأجير الخاص، وعلى الوالد نفقة الطعام وحوائج الطفل من ريحان ودهن ونحوهما.

وأما **الأجير العام** (أو المشترك) فهو: الذي يعمل لكافة الناس كالصباغ والحداد والكوّاء ونحوهم. وحكمه: أنه يجوز له العمل لكل الناس، وليس لمن استأجره أن يمنعه من العمل لغيره.

ضمان الأجير

الأجير الخاص كخادم المنزل والعامل في محل تجاري والخياط الخاص والحداد لمدة يوم مثلاً في ملك شخص وحده: لا يضمن بالاتفاق ما يتلف بيده من الأشياء التي تسلَّم إليه للعمل فيها، لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب، ما لم يقع منه تعدٍّ أو تقصير في حفظه، سواء تلف الشيء في يده أو أثناء عمله.

وأما الأجير المشترك أو العام كالصانع والصباغ والقصار في محل يعمل لعامة الناس: ففي ضمانه رأيان:

- يرى أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، والشافعية والحنابلة أن يده يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما يتلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير، لأنه لا ضمان إلا بالاعتداء، لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٣] ولا تعدي من هذا العامل، لأنه مأذون في القبض، ولم يتسبب في تلف الشيء.

- ويرى الصاحبان والمالكية: أن الأجير المشترك ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعدٍّ أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب أو غرق غالب ونحوهما، حفاظاً على أموال الناس، ورعاية لمصالحهم، ولقوله ﷺ: «على اليد ما

أخذت حتى تؤديه»[١]، وكان عمر رضي الله عنه يضمِّن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس، وكان علي رضي الله عنه يضمِّن الصباغ والصواغ، ويقول: «لا يصلح الناس إلا هذا».

إلا أن المالكية قيدوا الضمان في تلف الشيء الذي يُغَاب عليه (أي يمكن إخفاؤه) كالمنقولات.

ويفتى اليوم بهذا القول، لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم، وسدّ الذرائع أمام ادعاءات التلف من غير دليل.

حالات انتهاء الإجارة

تنتهي الإجارة عند **الحنفية** بإحدى الحالات الأربع الآتية:

١- **موت أحد العاقدين**: لأن الإرث يجري في الموجود المملوك، وعند موت المورث تكون معدومة، فلا تكون مملوكة له، وما لم يملكه يستحيل توريثه فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث، حتى يكون العقد قائماً مع المالك، حتى لا تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد، لانتقالها إلى الوارث، وهو لا يجوز. وإذا مات المستأجر، لم يلزم ورثته بالأجرة لعدم التزامهم بها، لأن العقد ملزم المورث، وهم لم يلتزموا بشيء.

وذهب **الجمهور** إلى أنه لا ينفسخ عقد الإيجار بموت أحد العاقدين، لأنه عقد لازم كالبيع، لأن المستأجر ملك المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً، فيورث عنه، ولكن تنفسخ بموت الظئر أو الصبي، لفوات المنفعة بهلاك محلها وهو الظئر، وتعذر استيفاء المعقود عليه من صبي آخر.

٢- الإقالة: لأن الإجارة معاوضة مال بمال، فكانت محتملة للإقالة كالبيع.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي.

٣- هلاك العين المؤجرة المعينة كالدار المعينة، والثوب المؤجر للخياطة ونحوها، لليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه، فلم يكن في بقاء العقد فائدة.

٤- انقضاء المدة إلا لعذر: لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية. فإذا لم يستحصد الزرع، ترك إلى حصاده بأجر المثل.

وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

الجعالة

تعريفها ومشروعيتها، وصيغتها، وخصائصها، وشروطها، وصفتها وموعد استحقاق الجعل.

تعريف الجعالة ومشروعيتها

الجعالة - مثلثة الجيم **لغة**: ما يجعل للإنسان على فعل شيء .**وفقهاً**: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول، عسر علمه.

وهي غير جائزة عند الحنفية، لما فيها من الغَرَر أي جهالة العمل والمدة، إلا أنهم أجازوا استحساناً فقط دفع الجعل لمن يرد العبد الآبق (الهارب) ولو بلا شرط، من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، بقدر أربعين درهماً، تغطية للنفقة مدة السفر، وإن ردَّه لأقل من تلك المسافة، فبحسابه، اعتباراً للأقل بالأكثر.

وهي جائزة مشروعة عند بقية الفقهاء، لقوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام مع إخوته: ﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ١٢/ ٧٢] أي كفيل عند ردّ المكيال، ولما ثبت في السنة النبوية من جواز أخذ الأجرة على الرقية بسورة الفاتحة[١]، وللحاجة إليها لرد ضالَّة أو آبق وعمل لا يقدر عليه صاحبه، فجاز بذل الجعل كالإجارة والمضاربة، ولا تضر

---

(١) رواه الجماعة إلا النَّسائي من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة، لأن الجعالة غير لازمة، والإجارة لازمة، وتتطلب تعيين المدة لمعرفة قدر المنفعة.

صيغة الجعالة

تنعقد الجعالة بإرادة منفردة من الجاعل، تدل على الإذن بالعمل بطلب صريح، بعوض معلوم مقصود عادة، ملتزم به.

ولا يشترط قبول العامل، وإن عينه الجاعل، لأن الجعالة التزام من جانب واحد. ويصح كون الجعالة لواحد، أو لغير معين، كجماعة أو جمهور، ويصح أيضاً أن يجعل الجاعل للمعين عوضاً، ولسائر الناس عوضاً آخر.

خصائص الجعالة

تختلف الجعالة عن الإجارة على عمل معلوم كبناء وخياطة من نواح أربعة هي:

لا يتم استيفاء المنفعة للجاعل إلا بتمام العمل، وتشتمل الجعالة على جهالة العمل والمدة، ولا يجوز اشتراط تقديم الأجرة فيها، وهي عقد غير لازم، فيجوز فسخه، وكل ذلك بخلاف الإجارة ففيها تستوفى المنفعة بمقدار عمل العامل، ويشترط فيها كون العمل معلوماً والمدة معلومة، ويجوز اشتراط تعجيل الأجرة فيها، وهي عقد لازم لا يفسخ إلا لعذر كما تقدم.

شروط الجعالة

يشترط للجعالة أربعة شروط هي:

١- **أهلية العاقد**: اشترط الشافعية والحنابلة كون الجاعل مطلق التصرف بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً، فلا تصح من صبي ومجنون ومحجور بسبب السفه. وتصح الجعالة عند الحنفية والمالكية من المميز، وأما التكليف فهو شرط لزوم.

أما العامل: فإن كان معيناً فيشترط فيه أهلية العمل، فلا يصح كونه عاجزاً عن العمل كصغير، لأن منفعته معدومة، وإن كان مبهماً غير معين كفى علمه بإعلان النداء على الجعل.

٢- **كون الجعل مالاً معلوماً مباحاً**: فإن كان مجهولاً فسد العقد، لجهالة العوض. وإن كان الجعل حراماً كخمر أو مغصوب، فسد العقد أيضاً.

٣- **أن تكون المنفعة معلومة حقيقة، ويباح الانتفاع بها شرعاً**: فلا تجوز الجعالة على حلّ السحر مثلاً، لأنه يتعذر معرفة كون السحر قد انحل أم لا، ولا تجوز الجعالة على ما يحرم نفعه كالغناء والزمر والنواح وبقية المحرمات.

٤- **ألا يحدد للجعالة أجل** في رأي المالكية. وأجاز غيرهم الجمع بين تقدير المدة والعمل، مثل: من خاط لي هذا الثوب في يوم، فله كذا، وذلك بخلاف الإجارة.

صفة العقد ووقت استحقاق الجعل

الجعالة عقد غير لازم بالاتفاق، فيصح فسخها لكل من الجاعل والعامل، لكن المالكية أجازوا الفسخ قبل الشروع في العمل. وأجاز الشافعية والحنابلة الفسخ في أي وقت شاء الجاعل أو المجعول له المعين، كسائر العقود غير اللازمة مثل الشركة والوكالة، قبل تمام العمل، سواء كان الفسخ قبل الشروع في العمل أو بعد الشروع في العمل، ولا شيء حينئذ للعامل. لكن إن فسخ المالك بعد الشروع في العمل، فعليه للعامل أجرة مثل عمله في الأصح عند الشافعية والحنابلة، لأنه عمل بعوض، ولم يسلم له أجرة عمله.

ويستحق العامل الجعل أو الأجر المعين بإتمام العمل، فإن فسخ العامل قبل الفراغ من العمل، لم يستحق شيئاً.

وليس للعامل حبس الشيء المعمول لقبض الجعل في رأي الشافعية، لأن استحقاق الجعل بتسليم الشيء، ولا حبس قبل الاستحقاق[١].

وهذا هو رأي الحنابلة والمالكية فيما يظهر، لأن الجعالة قائمة على رد الشيء الضائع أو إنجاز العمل المجعول عليه، فلا يحبس الشيء لقبض الجعالة[٢].

الشركات

تعريف الشركة ومشروعيتها، أقسامها وأنواعها، تعريف شركة العقود وكيفية انعقادها، وأنواعها ومدى مشروعية كل نوع، وشروطها، وأحكامها، وصفة عقد الشركة ومبطلاتها، الشركة الفاسدة عند الحنفية.

تعريف الشركة ومشروعيتها

الشركة **لغة** هي: الاختلاط، أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما، ثم أطلقت في رأي الجمهور على العقد الخاص بها، وإن لم يحصل اختلاط النصيبين، لأن العقد سبب الخلط.

وفقهاً هي: عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال وربحه.

وهي مشروعة، لقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ٤/ ١٢]، وقوله سبحانه: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٣٨/ ٢٤]، والخلطاء هم: الشركاء.

وقوله ﷺ في الحديث القدسي: «إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما»[٣]، أي أنا معهما بالحفظ

(١) مغني المحتاج ٢/ ٤٣٤

(٢) المغني ٥/ ٦٦٠ وما بعدها.

(٣) رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده، وفيه سعيد بن حبان وثقه ابن حبان، وأعله ابن القطان بأنه مجهول، وسكت أبو داود والمنذري عنه.

والإعانة وأبارك لهما في تجارتهما، فإذا وقعت الخيانة بينهما، نزعت البركة والإعانة عنهما. وفي حديث آخر: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا»[١].

أقسام الشركة وأنواعها

للشركة قسمان رئيسان هما: شركة الأملاك، وشركة العقود.

شركة الأملاك

هي أن يتملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد الشركة، أي إنها تنشأ بينهما ضمناً من غير قصد الاشتراك، وهي نوعان:

١- **شركة اختيار** وهي: التي تنشأ بفعل الشريكين، كشراء شخصين شيئاً أو هبتهما شيئاً، أو الوصية لهما بشيء، فيقبلان، فيصير الشيء بينهما مشتركاً شركة ملك.

٢- **شركة جبر** وهي: التي تثبت لشخصين فأكثر بغير فعلهما، كإرث شيء، فيصير الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك.

ويعد كل واحد من الشريكين في هذه الشركة بنوعيها كأنه أجنبي في نصيب صاحبه، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه، لأنه لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر.

شركة العقود

هي التي تنشأ بين اثنين فأكثر، بقصد الاشتراك في مال وربحه. وهي ستة أنواع عند الحنفية: شركة الأموال، وشركة الأعمال، وشركة الوجوه، وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان.

---

(١) رواه الدارقطني.

وهي خمسة أنواع عند الحنابلة: شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان (الأعمال) وشركة الوجوه، والمضاربة.

واتفق الفقهاء على مشروعية شركة العنان، واختلفوا فيما عداها.

فيرى الشافعية أن كل الشركات باطلة ما عدا شركة العنان وشركة المضاربة.

وأجاز الحنفية كل هذه الشركات بشروط.

وأباح المالكية كل الشركات ما عدا شركة المفاوضة وشركة الوجوه.

وأقر الحنابلة كل الشركات ما عدا شركة المفاوضة.

وتفصيل الكلام في شركة العقود على النحو الآتي:

كيفية انعقادها، وشروطها وأحكامها، وصفة العقد، ومبطلاتها، وحكم الشركة الفاسدة.

كيفية انعقاد شركة العقود

تنعقد شركة العقود في رأي الحنفية بالإيجاب والقبول مثل: شاركتك في كذا، ويقبل الآخر. ولها أركان ثلاثة عند الجمهور: عاقدان، ومعقود عليه، وصيغة.

ولها أنواع ثلاثة: شركة أموال، وشركة وجوه، وشركة أعمال.

أولاً - شركة الأموال

هي أن يشترك اثنان فأكثر في مال على قسمة الربح باتفاق معين، وتحمل عبء الخسارة. وهي إما عنان أو مفاوضة.

أما **شركة العنان فهي**: أن يشترك اثنان في مال لهما، على أن يتجرا فيه، والربح بينهما، وهي جائزة اتفاقاً. وهي الشائعة بين الناس. فلا يشترط فيها التساوي في المال أو في التصرف، فقد يكون أحدهما أكثر مالاً من الآخر، ولا يعد أحدهما كفيلاً للآخر، ولا يسأل إلا عن تصرفاته دون تصرفات شريكه، وقد

يتساوى الشريكان في الربح أو يختلفان بحسب الاتفاق الحاصل بينهما. أما الخسارة فتكون بنسبة رأس المال فقط، عملاً بقاعدة: «**الربح على ما شرطا، والوضيعة على قدر المالين**».

وأما **شركة المفاوضة** فهي التي تتطلب المساواة بين الشريكين في رأس المال والربح والقدرة على التصرف وغير ذلك، لأنها شركة عامة في جميع التجارات.

ومعناها: أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل، بشرط أن يكونا متساويين في رأس مالهما وتصرفهما ودينهما (ملتهما) ويكون كل منهما كفيلاً عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع.

أي إنهما متضامنان في الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتاجران فيه، فكل واحد منهما وكيل عن الآخر وكفيل عنه فيما يتصرف فيه، وتشمل كل ما يملكه كل شريك من مال حتى الإرث من النقود واللقطة، ويلتزم كل منهما بجميع ديون الآخر الناشئة عن التجارة والقرض والغصب والإتلاف وأروش (تعويضات) الجنايات.

فإن اختل ميزان المساواة بينهما في الأموال التي تصلح أن تكون محلاً للشركة، فسدت الشركة، فلو ورث أحدهما نقوداً وقبضها فعلاً، دخلت حكماً في الشركة، لكن إن قبض عروضاً تجارية أو عقاراً أو ديناً له على آخر، فلا تفسد المفاوضة.

وهي جائزة بهذا المعنى عند الحنفية والزيدية فقط، لأن الناس يتعاملون بها في جميع العصور، لكنها صعبة التطبيق من الناحية العملية بعد بدء وجودها، ولم يجزها بقية الفقهاء، لاشتمالها على الجهالة الفاحشة في التملك والالتزامات، قال الإمام الشافعي: «إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا».

وأجاز المالكية شركة المفاوضة لا بهذا المعنى، وإنما بمعنى كون كل شريك مطلق التصرف في رأس المال استقلالاً، دون استشارة شريكه. فإن احتاج

الشريك إلى مشاورة شريكه، سميت عندهم شركة عنان. وكلا المعنيين يدخل في معنى شركة العنان عند الفقهاء الآخرين.

ثانياً - شركة الأعمال (الأبدان)

هي أن يتقبل اثنان في ذمتيهما عملاً من الأعمال، ويكون الكسب بينهما متساوياً أو متفاوتاً، كالاشتراك في الخياطة أو الحدادة أو الصباغة أو النجارة أو إصلاح الآلات من سيارات وغيرها. وتعد في عصرنا شركة التنقيب عن النفط، وشركة التفريغ والشحن ونحوها من شركات الأعمال.

أجازها الجمهور غير الشافعية، لأن المقصود منها تحصيل الربح، وهو ممكن بالتوكيل، وقد تعامل بها الناس قديماً وحديثاً، ولأن الشركة تكون بالمال، أو بالعمل كما في المضاربة، ومحل هذه الشركة عمل من الأعمال. قال ابن مسعود: «اشتركت أنا وعمار وسعد يوم بدر، فأصاب سعد أسيرين، ولم أصب أنا وعمار شيئاً، فلم ينكر النبي ﷺ علينا»[1]. وهذه شركة في أسلاب الحرب.

لكن المالكية اشترطوا لصحة هذه الشركة اتحاد الصنعة، وإن كان العمل بمكانين، فلا تجوز في صنعتين مختلفتين إلا إذا كان عملا الشريكين متلازمين، بأن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر كنسَّاج وغزَّال، واشترطوا أيضاً الاتفاق في العقد على اقتسام الربح بقدر عمل كل من الشريكين، ولا يضر التبرع بعد ذلك، ولا التفاوت اليسير في العمل مع كون الربح بينهما بالسوية.

وأباحها المالكية حتى في تملك المباحات العامة، كالحطب والحشيش ونحوهما، ولكنهم لم يجيزوا شركة الدَّلاّلين (السماسرة).

وقال الشافعية: شركة الأبدان كلها باطلة، لأن كل واحد من الشريكين متميز

(١) رواه أبو داود والنَّسائي وابن ماجه عن أبي عبيدة عن ابن مسعود، قال ابن تيمية الجد في منتقى الأخبار.. عن هذا الحديث: وهو حجة في شركة الأبدان وتملك المباحات (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٦٥ - ٢٦٦) لكن الحديث منقطع، لأن أبا عبيدة لم يسمع من ابن مسعود.

ببدنه ومنافعه، فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة، ليكون الدرّ والنسل بينهما، فلا يصح، ولأن الشركة عندهم تختص بالأموال لا بالأعمال، لأن العمل لا ينضبط، فكان فيه غرر، لأنه لا يدري أحدهما أن صاحبه يكسب أم لا، ولأن مقتضى الشركة الوكالة، ولا تصح الوكالة في تملك المباح، لأنه يملك بالاستيلاء.

وأجابوا عن حديث ابن مسعود بأن غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ، يدفعها لمن يشاء.

وهذا الحديث على الحنفية وغيرهم القائلين: إن الوكالة في المباحات لا تصح.

ثالثاً - شركة الوجوه (الشركة على الذمم)

هي أن يتفق وجيهان عند الناس، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشتريا في ذمتيهما بالنسيئة (البيع لأجل) ويبيعا بالنقد (في الحال) بما لَهما من وجاهة عند الناس.

وسمي هذا النوع بهذا الاسم، لأنه لا يباع بالنسيئة إلا لوجيه من الناس عادة، وهي معروفة بالشركة على الذمم، من غير صنعة ولا مال، وهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما.

وقد أجازها الحنفية والحنابلة، لأنها شركة تتضمن توكيل كل شريك صاحبه في البيع والشراء، وأن يكون المشترى بينهما، وقد تعامل بها الناس في سائر العصور من غير إنكار من أحد.

لكن الحنفية أجازوها في الصناعة، ولم يجيزوها في اكتساب المباح كالاحتشاش والاغتنام، لأن مقتضى الشركة الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء، لأن من أخذها ملكها.

ولم يجزها المالكية والشافعية، وقالوا: إنها شركة باطلة، لأن الشركة تتعلق

بالمال أو بالعمل، وكلاهما معدوم في هذه الحالة، مع اشتمالها على الغَرَر، لأن كل شريك يعاوض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة أو بعمل مخصوص، ولأنها شركة على غير مال، فلم تصح، كما لو اختلفت الصناعات.

والفريق الأول يجيزون تفاوت الشريكين في الحصة، للحديث النبوي: «المسلمون على شروطهم»[١]. والربح يكون بينهما بقدر الحصة في الملك. والخسارة تكون على قدر ضمان كل شريك ما يلزمه من الثمن.

شروط شركة العقود

يشترط لصحة شركات العقود في مذهب الحنفية شروط عامة وشروط خاصة بكل نوع من أنواعها.

الشروط العامة لشركات العقود

١- قابلية التصرف للوكالة: بأن يكون التصرف المعقود عليه قابلاً للوكالة، لأن من حكم الشركة: ثبوت الاشتراك في الربح المستفاد بالتجارة، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما إلا بجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في بعض أموال الشركة، وعاملاً لنفسه في البعض الآخر.

٢- أن يكون الربح معلوم القدر: كالخمس أو الثلث أو الربع أو النصف، فإن كان الربح مجهولاً تفسد الشركة.

٣- أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة، لا معيناً أو مقطوعاً: فإن كان الربح جزءاً معيناً كعشرة دنانير أو خمسين مثلاً، والباقي هو المقسوم بين الشريكين، كانت الشركة فاسدة، لأنه قد لا يوجد الربح إلا بالقدر المعين لأحد الشريكين دون الآخر، وذلك ينافي مقتضى الشركة.

---

(١) رواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥/ ٢٥٤).

الشروط الخاصة بشركة الأموال

يشترط فيها شرطان:

١- أن يكون رأس مال الشركة **نقوداً** معدنية أو ورقية: في رأي الجمهور غير المالكية، فلا تصح الشركة في العروض التجارية من عقار أو منقول، لأنها ليست من ذوات الأمثال، وإنما هي قيميات، تختلف قيمها باختلاف أعيانها، ويؤدي ذلك إلى جهالة الربح عند قسمة مال الشركة بسبب جهالة قيمة العروض، فتقع المنازعة عند القسمة، ولأن معنى الشركة يتضمن الوكالة، والوكالة لا تصح في العروض التجارية.

ولم يشترط المالكية هذا الشرط، وصححوا أن تكون الشركة في العروض التجارية، سواء اتفق جنسها أو اختلف، كما تصح في النقود، وتكون الشركة في العروض مقدرة بقيمتها، لأن الشركة عقدت على رأس مال معلوم، فأشبه النقود.

ورتب الحنفية والحنابلة على هذا الشرط أنه لا تصح الشركة في التبر (غير المصكوك من الذهب والفضة) ولا في النُّقرة (القطعة المذابة من النقدين الثمينين - الذهب والفضة) لأن ذلك كالعروض.

وكذلك لا تجوز في رأي أبي حنيفة ومحمد والشافعية والحنابلة الشركة في الفلوس[١] لأنها وإن كانت رائجة ليست أثماناً مطلقة (أي لا تلازمها صفة الثمنية لاحتمال جعلها كاسدة) لاحتمالها التعيين في الجملة في المعاوضات، فتصير كالعروض.

ورتب الحنفية والحنابلة على هذا الشرط أيضاً عدم صحة الشركة في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة قبل الخلط، لأنها تتعين بالتعيين، فتصير

(١) الفلوس: جمع فَلْس وهي قطعة مضروبة من النحاس، كان يتعامل بها في الماضي.

كالعروض، ولا تعد حينئذ أثماناً مطلقة. لكن تصح الشركة فيها في رأي أبي حنيفة ومحمد **بعد الخلط**، وهو أيضاً رأي المالكية والشافعية، لأنه عند **الخلط** يتعذر التمييز بين الشيئين، بخلاف العروض، فإنه يمكن التمييز بينها.

٢- أن يكون رأس مال الشركة عيناً معينة حاضرة: إما عند العقد وإما عند الشراء، في رأي أكثر العلماء، فلا يصح كون رأس المال ديناً في الذمة، ولا مالاً غائباً، لأن المقصود من الشركة هو الربح، بالتصرف في المال، والتصرف لا يمكن في الدين ولا في المال الغائب، فلا يتحقق المقصود من الشركة، ولأن المدين ربما لا يدفع الدين، وقد لا يحضر المال الغائب.

أما **خلط المالين**: فليس بشرط عند الجمهور غير الشافعية، لأن معنى الشركة يتحقق بالعقد لا بالمال، ومورد العقد هو العمل، والربح نتيجته، والمال تبع، فلا يشترط خلط المال كالمضاربة، ولأن الشركة عقد على التصرف، وفيها معنى الوكالة، والوكالة جائزة في المالين قبل خلطهما، فتجوز الشركة كذلك.

لكن المالكية قالوا: لا بد من الخلط حسّاً أو حكماً، كأن يكون المالان في صندوق واحد، وأيدي الشركاء مطلقة فيهما.

واشترط الشافعية وزفر خلط المالين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، وأن يكون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعده لم يكف في الأصح، لأن الشركة تعني الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين، فلا يتحقق معنى الشركة.

ويترتب على هذا الاختلاف: أن الشركة تصح في رأي الجمهور إذا كان المالان من جنسين مختلفين كدراهم فضية ودنانير ذهبية، أو من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين، كحنطة جديدة وأخرى قديمة، لعدم اشتراط خلط المالين.

ولا يصح ذلك عند الشافعية وزفر، لإمكان التمييز، وإن كان فيه عسر، لأنه يشترط خلط المالين، وهو لا يتحقق في مختلفي الجنس أو الصفة.

الشروط الخاصة بشركة المفاوضة

لها ستة شروط عند الحنفية وهي:

١- أن يكون لكل من الشريكين أهلية الوكالة والكفالة: بأن يكونا حرين بالغين عاقلين راشدين، لالتزام كل منهما بالحقوق والواجبات المشتركة.

٢- المساواة في رأس المال قدراً وقيمة، ابتداء وانتهاء: فلو كان المالان متفاضلين قدراً أو قيمة (أي قيمة الصرف) لم تصح المفاوضة.

٣- أن يكون كل ما يصلح أن يكون رأس مال للشركة لأحد المتفاوضين داخلاً في الشركة، وإلا لم تكن مفاوضة. وما لا يصلح كالعروض التجارية والعقارات والديون والأموال الغائبة، فلا يكون محلاً للمفاوضة كالتفاضل في الزوجات والأولاد.

٤- المساواة في الربح: فإن شرطا التفاضل في الربح، لم تصح المفاوضة لعدم المساواة.

٥- أن تكون المفاوضة في جميع التجارات: فلا تختص بتجارة دون غيرها، منعاً من الإخلال بمعنى المفاوضة وهو: المساواة.

٦- أن تكون الشركة بلفظ المفاوضة: لأن لها طبيعة خاصة، لا تتحقق إلا بلفظ المفاوضة أو ما في معناها.

هذه الشروط تجعل احتمال استمرار المفاوضة أمراً متعذراً، مما يجعلها غير واقعية.

شروط شركة الأعمال

إذا كانت الشركة مفاوضة، اشترط فيها شرائط المفاوضة المتقدمة، وأما إذا كانت شركة عنان، فيكفي فيها اشتراط أهلية الوكالة فقط. وإذا احتاجت الصنعة إلى استعمال آلة، جاز لأي شريك استعمالها، فإن أجرها صاحبها لغير الشريك، فتكون أجرتها له خاصة، لا مشتركة، لأنها مملوكة له، فكانت مختصة به.

شروط شركة الوجوه

إذا كانت هذه الشركة مفاوضة، اشترط فيها شروط المفاوضة كما تقدم، وأما إذا كانت شركة عنان، فيصح تفاضلهما في ملكية الشيء المشترى، ويكون التزامهما بثمن المشترى على قدر ملكيهما، كما يكون الربح بينهما على قدر تحملهما ثمن الشيء المشترى، فإن شرط لأحدهما زيادة ربح على حصته، كان الشرط باطلاً، لأن الربح بقدر الضمان.

أحكام شركة العقود

إن كانت الشركة فاسدة، اقتسم الشركاء الربح على قدر رأس المال، ويرجع كل شريك على الآخر بأجرة عمله في ماله، لسقوط المسمى في العقد الفاسد.

وأما إن كانت الشركة صحيحة، فيكون لكل نوع من الشركات أحكام معينة وهي ما يأتي:

أحكام شركة العنان

١- **شرط العمل**: يجوز في هذه الشركة كون العمل على الشريكين أو على أحدهما دون الآخر.

٢- **توزيع الربح والخسارة**: يكون الربح والخسارة بحسب القاعدة: «الربح على ما شرطا، والوضيعة على قدر المالين» فتكون الخسارة اتفاقاً على قدر رأس المال.

وأما الربح فيكون في الأصل العام بقدر رأس المال متساوياً أو متفاضلاً، سواء شرط العمل على الشريكين أو على أحدهما.

لكن يصح تفاضل الشريكين في الربح عند الحنفية ما عدا زفر وعند الحنابلة حالة التساوي في رأس المال إذا كانت زيادة الربح بسبب زيادة العمل، لأنه قد يكون أحد الشريكين أحذق وأقوى، فيستحق زيادة ربح على حساب شريكه.

ويرى المالكية والشافعية أن الربح والخسران على قدر نسبة المالين، لأن الربح نماء مالهما، والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين، أي إن الربح يشبه الخسران.

٣- **هلاك مال الشركة**: يرى الحنفية والشافعية أنه إذا هلك مال الشركة أو مال أحد الشريكين قبل الشراء وقبل الخلط، بطلت الشركة، لأنه إذا هلك المعقود عليه بطل العقد، كما في البيع، وإذا هلك أحد المالين، بطل العقد لعدم فائدته.

وأما إذا حدث الهلاك لأحد المالين بعد الشراء، كان المشترى بينهما، لأنه اشتراه حالة قيام الشركة، فيصير مملوكاً للشريكين.

وذهب المالكية والحنابلة: إلى أن الشركة تنشأ بمجرد العقد، ويصير به رأس المال مشتركاً بين الشركاء، فإذا هلك أحد المالين قبل الخلط أو قبل التصرف، هلك على حساب الشركاء.

٤- **التصرف بمال الشركة**: لكل شريك أن يبيع مال الشركة، لأنه وكيل عن شريكه، وله أن يبيع بالنقد (في الحال) أو مؤجلاً، لوجود الإذن بالبيع مطلقاً بمقتضى الشركة، وهو رأي الحنفية والحنابلة، ولم يجز الشافعية البيع مؤجلاً.

وللشريك أن يبيع بقليل الثمن وكثيره ما لم يتغابن الناس في مثله عادة. وللشريك أن يشتري بالنقد وبالمؤجل إذا كان في يده نقود أو مكيل أو موزون، لأنه وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالمؤجل.

فإن لم يكن في يده نقود، وصار رأس المال كله أعياناً وعروضاً، فلا يملك الشراء بالمؤجل، وإنما يكون المشترى له خاصة دون شريكه، لأنه لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بها، كالشريك المضارب.

ومن أهم التصرفات الجائزة للشريك: إبضاع[1] مال الشركة وإيداعه عن آخر، عملاً بعادة التجارة، والمضاربة بمال الشركة كاستئجار عامل يعمل في مال الشركة، والتوكيل بالبيع والشراء ونحوهما من أعمال التجارات، ورهن متاع من الشركة بدين، والارتهان بما باعه، لأن الرهن إيفاء والارتهان استيفاء، وهما مما يملكه الشريك، وله قبول الحوالة بثمن البضاعة والإحالة على غيره، لأن الحوالة من أعمال التجارة، والالتزام بحقوق العقد (ما يتعلق بالقبض وتسليم المبيع والخصومة: متابعة إجراءات التقاضي) والسفر بمال الشركة عملاً بمقتضى الشركة، لكن لم يجز أبو يوسف والشافعية السفر. ولكن ليس للشريك التبرع بشيء من مال الشركة أو الإقراض، لما فيه من الإضرار بالشركة.

أحكام شركة المفاوضة

كل أحكام شركة العنان المتقدمة مقررة في هذه الشركة، وأما أحكامها الخاصة فهي ما يأتي:

١- **الإقرار بالدين**: يجوز لشريك المفاوضة الإقرار بالدين على نفسه وعلى شريكه، وللمقر له مطالبة أيهما شاء، لأن كل شريك فيها كفيل عن الآخر، فيلزم المقر بإقراره، ويلزم شريكه بكفالته.

٢- **الالتزام بديون التجارة ونحوها**: كل ما وجب على شريك المفاوضة من دين التجارة ونحوه، يلزم به الآخر، كثمن المبيع، وأجرة المأجور، وضمان المغصوب، وضمان الوديعة والعارية عند المخالفة في كيفية الحفظ، وضمان الاستهلاك والإجارة والرهن والارتهان، تحقيقاً للمساواة بين الشريكين.

٣- **الكفالة المالية**: يلتزم كل شريك المفاوضة بكل ما يتكفل به الشريك الآخر من كفالة مالية عن شخص أجنبي، في رأي أبي حنيفة خلافاً للصاحبين، لأن

(١) أي أن يدفع مالاً من الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا دون جُعْل (مقابل).

الكفالة في النتيجة هي معاوضة، لوجود معنى التمليك والتملك بين الكفيل والمكفول عنه.

٤- **المطالبة بحقوق البيع والشراء**: يطالب كل شريك بحقوق البيع والشراء، من قبض المبيع، والرد بالعيب، وتسلم الثمن والمطالبة به عند استحقاق المبيع لغير البائع، وإقامة البينة عند المنازعة على شيء.

٥- **ضمان الجناية على إنسان، والمهر والنفقات**: لا يؤاخذ الشريك بما يلزم به شريكه من ضمان الجنايات على بني آدم، والمهر، والنفقة، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، ونفقات الشراء لبيت الشريك، وشراء بيت السكنى، والاستئجار والركوب لحاجة كالحج وغيره، فذلك كله مستثنى من المفاوضة بدلالة الحال، لكن للبائع **مطالبة** أي شريك بثمن المشتريات الخاصة، لأنه كفيل عن شريكه، وما أداه يرجع به على شريكه، لأنه أداه لا على وجه التبرع بإذنه دلالة.

أحكام شركة الوجوه

تطبق على هذه الشركة أحكام شركة العنان أو شركة المفاوضة بحسب ما يتفق عليه الشريكان، فإذا أطلقا الشركة بينهما كانت شركة عنان، لأن الشركة المطلقة تقتضي العنان. وإذا تفاوضا كانت شركة مفاوضة، لأنهما ضمّا الكفالة إلى مقتضى الوكالة.

لكن الحنابلة الذين أجازوا هذه الشركة، قصروها على شركة العنان، أما المفاوضة فلا تجوز عندهم، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله، لما فيه من الغرر: وهو أن يلزم كل واحد ما لزم الآخر.

أحكام شركة الأعمال

إذا كانت هذه الشركة مفاوضة، بأن ذكر لفظ المفاوضة أو معناه، يلزم كل شريك بما لزم صاحبه، كما هو المقرر في هذه الشركة.

وإذا كانت عناناً يلزم أيضاً كل شريك بما يتقبله شريكه من العمل، لأن هذه الشركة تشبه شركة المفاوضة بالنسبة لضمان العمل استحساناً، باعتبار أن هذه الشركة تقتضي وجوب العمل على كل واحد من الشريكين، فكانت في معنى المفاوضة في وجوب ضمان العمل، وإن كانت ليست مفاوضة حقيقة، لأن غير هذين الشيئين وهما مطالبة كل واحد منهما بالعمل، واقتضاء البدل، تطبق عليه أحكام شركة العنان، فلا يلزم أحدهما بما يقر به شريكه من دين، كثمن مستهلكات كالصابون ونحوه، وأجرة أجير أو حانوت، فهي مفاوضة في حق وجوب العمل فقط، فيكون كل شريك كفيلاً عن الآخر فيما يتقبله من عمل، وهذا متفق عليه بين الحنفية والحنابلة.

ويكون اقتسام الربح في هذه الشركة بحسب الضمان، لا بالعمل حقيقة، فإذا مرض أحد الشريكين أو سافر، كان الأجر أو الغلة بينهما بحسب ما شرطا، لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل، لا بالعمل فعلاً.

ويجوز في هذه الشركة شرط التفاضل فيْ الكسب إذا شرط التفاضل في ضمان العمل.

وأما الخسارة في هذه الشركة فهي أيضاً على قدر الضمان، لأن الربح إذا انقسم على قدر الضمان، كانت الوضيعة أو الخسارة على قدر الضمان أيضاً.

وإذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً، لأن ضمان الجناية مبني على ضمان العمل، وهذا قد ضمناه جميعاً.

صفة عقد الشركة وحكم يد الشريك

ذهب الجمهور إلى أن عقد الشركة عقد غير لازم، فيجوز لكل شريك أن يفسخ العقد، لكن من شرط جواز الفسخ أن يكون بعلم الشريك الآخر، منعاً للإضرار به، مثل عزل الموكل وكيله، لا بد من إعلامه بالعزل.

وذهب المالكية إلى أن عقد الشركة عقد لازم إذا كانت شركة أموال، أما شركة الأعمال فلا تلزم بالعقد، بل بالعمل.

واتفق الفقهاء على أن يد الشريك يد أمانة كالوديعة، لأنه قبض المال بإذن صاحبه، فلا يضمن ما يتلف في يده إلا بالتعدي أو التقصير، فصار الهالك في يده كالهالك في يد شريكه، ويقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسارة وضياع بعض المال أو كله، ولو من غير تجارة.

مبطلات الشركة

تنتهي الشركة بأحوال عامة هي:

١- فسخ الشركة من أحد الشريكين: لأنها عقد غير لازم عند الجمهور، فكان محتملاً للفسخ، ولا تنفسخ عند المالكية إلا باتفاق الطرفين على الفسخ، لأنها عقد لازم عندهم.

٢- موت أحد الشريكين: لأن كل شريك وكيل عن صاحبه، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل، سواء علم به أو لم يعلم.

٣- ارتداد أحد الشريكين ولحوقه بدار الحرب: لأن ذلك بمنزلة الموت.

٤- الجنون المطبق على الشريك: لأن الجنون يخرج الوكيل عن الوكالة، ويقدر إطباق الجنون عند الحنفية في الحدّ الأدنى بشهر.

وتنتهي الشركة عند الحنفية والشافعية كما تقدم بهلاك مال الشركة كله أو مال أحد الشريكين قبل شراء شيء في شركة الأموال.

وتنتهي شركة المفاوضة كما تقدم عند عدم تحقق المساواة بين رأسي المال بعد وجودها.

الشركة الفاسدة عند الحنفية

تكون الشركة فاسدة في هذا المذهب بما يأتي:

١- الاشتراك في أعمال المباحات: كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش، والاستقاء واجتناء الثمر، وحفر الأرض لاستخراج المعادن، لأن ما يأخذه كل شريك يصبح ملكاً خاصاً به.

وذهب الجمهور إلى صحة الشركة في المباحات، لجواز التوكيل بها، فيتملكه، ثم يدخل في الشركة.

٢- إيجار الدابتين: لو كان لشريك بغل وللآخر حمار مثلاً، فأجرا الدابتين بأجر معلوم وحمل معلوم، كانت الشركة فاسدة، لأن الشركة تتضمن معنى الوكالة، وهي على هذا النحو لا تصح، ولكن الإجارة صحيحة. ووافق الشافعية على هذا.

٣- تسليم دابة لآخر ليؤجرها: بأن يدفع شخص دابته إلى آخر ليؤجرها على أن الأجر بينهما، كانت الشركة فاسدة، والأجر كله لصاحب الدابة، لأن المؤجر وكيل، وإجارته كإجارة الموكل.

٤- الاشتراك فيما يشتريه شخص: إذا اشترى شخص شيئاً، فقال له آخر: أشركني فيه، فإن تم ذلك قبل القبض، لم يجز الإشراك، لأن الإشراك والتولية في عقود البيع لا يجوزان قبل القبض، لأنه بيع لمنقول قبل القبض، وهو لا يجوز شرعاً.

المضاربة

تعريفها ومشروعيتها، وركنها ونوعاها، وصفة عقدها، وشروطها وأحكامها ومبطلاتها

تعريف المضاربة ومشروعيتها

المضاربة هي: أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا. أما الخسارة: فهي على صاحب المال وحده، ولا يتحمل العامل المضارب منها شيئاً، وإنما يخسر عمله وجهده.

وتسمى أيضاً في لغة أهل الحجاز: قراضاً، كما تسمى معاملة.

وهي مشروعة، لأنها نوع من التجارة أو الضرب في الأرض، لقوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٧٣/ ٢٠]، وهذا يتناول بعمومه إطلاق العمل في المال بالمضاربة.

وروى ابن عباس رضي الله عنهما فقال: «كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة، اشترط على صاحبه ألا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ، فأجازه»[١].

وعن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ «أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به ألّا يجعل ماله في كبد رطبة، ولا يحمله في بحر، ولا ينزل به بطن مسيل، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي»[٢].

---

(١) رواه الطبراني في الأوسط والبيهقي، لكن فيه أبو الجارود الأعمى، وهو متروك كذاب.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي، وقوّى الحافظ ابن حجر إسناده. والمراد: «في كبد رطبة»: ألا تشترى به الحيوانات، لأنها عرضة للهلاك.

وفي تجويز المضاربة آثار عن جماعة من الصحابة، منها عن علي عليه السلام عند عبد الرزاق أنه قال: «في المضاربة الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه». ورويت آثار أخرى عن ابن مسعود وعمر، وعن عبد الله وعبيد الله ابني عمر: «أنهما لقيا أبا موسى الأشعري بالبصرة منصرفهما من غزوة نهاوند، فتسلفا منه مالاً، وابتاعا منه متاعاً، وقدما به المدينة، فباعاه وربحا فيه، وأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله، فقالا: لو كان تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً؟ فقال: قد جعلته قراضاً، وأخذ منهما نصف الربح»[١].

وعن عثمان عند البيهقي: «أن عثمان أعطى مالاً مضاربة».

قال الشوكاني: فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها، من غير نكير، فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز، وليس فيها شيء مرفوع إلى النبي ﷺ إلا ما أخرجه ابن ماجه من حديث صهيب قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع»[٢].

والواقع أن مشروعية المضاربة بالإجماع، قال ابن حزم في مراتب الإجماع: «كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب والسنة، حاشا القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي يقطع به أنه كان في عصر النبي ﷺ، فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز».

وقال في البحر الزخار: إنها كانت قبل الإسلام، فأقرها.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ والشافعي والدارقطني، قال الحافظ ابن عمر: إسناده صحيح.

(٢) نيل الأوطار ٥/٢٦٧

ركن المضاربة

هو عند الحنفية: الإيجاب والقبول، بألفاظ تدل عليهما. ولها أركان ثلاثة عند الجمهور: عاقدان (مالك وعامل) ومعقود عليه (رأس المال والعمل والربح) وصيغة (إيجاب وقبول).

نوعا المضاربة

لها نوعان: مطلقة ومقيدة.

والمطلقة: أن يدفع شخص المال إلى آخر دون قيد.

والمقيد: أن يدفع شخص إلى آخر مبلغاً من المال مضاربة ويقيده في المكان (أن يعمل به في بلدة معينة) أو نوع التجارة (في بضاعة معينة) أو الزمان (في وقت معين) أو بشخص معين (ألا يبيع ولا يشتري إلا من شخص معين).

فيجوز تأقيتها وتخصيص شخص عند أبي حنيفة وأحمد، وكذلك إضافتها إلى المستقبل، عندهما، خلافاً لمالك والشافعي في الحالتين، وتعليقها بالشرط في رأي الحنابلة، خلافاً للجمهور.

صفة المضاربة

اتفق الفقهاء على أن عقد المضاربة قبل شروع العامل في العمل غير لازم، وأن لكل واحد من العاقدين فسخه.

أما بعد الشروع في العمل: فالعقد في رأي الجمهور غير لازم أيضاً، ولكل عاقد فسخه، وليس هو عقداً يورث، إذ لا فرق بين حال الشروع في العمل وما قبله.

وذهب الإمام مالك إلى أنه عقد لازم بالشروع، ويورث، لما يترتب على الفسخ من ضرر، فكان من العقود الموروثة.

لكن اشترط الحنفية شرطين: علم العاقد الآخر بالفسخ كسائر الشركات، وأن يتحول رأس المال نقوداً (أي يصير ناضاً) وقت الفسخ، فإن كان ما يزال عروضاً تجارية من عقار أو منقول، لم يصح الفسخ عندهم.

ورأى الشافعية والحنابلة إمكان فسخ المضاربة، ورأس المال عروض، إذا اتفق العاقدان على البيع أو القسمة، لأن الحق لهما، لا يعدوهما.

شروط المضاربة

شروط المضاربة في العاقدين، وفي رأس المال، وفي الربح:

أما **شرط العاقدين**: فهو: أهلية الوكالة، وتصح بين مسلم وذمّي (معاهد) وتكون مكروهة إذا لم يعمل الذّمي بمحرم كالرِّبا.

وأما **شروط رأس المال** فهي أربعة كما ذكر الحنفية:

١- أن يكون رأس المال **من النقود الرائجة**، كما هو شرط شركة العنان، فلا تصح بالعروض التجارية من عقار أو منقول، في رأي الجمهور، لجهالة قيمة العروض، وتوقفها على التقييم، وفيه يختلف المقومون فيكون رأس المال مجهولاً، وعدم صحتها عند المالكية في العروض خلافاً لشركة العنان، لأنها رخصة يقتصر على ما ورد فيها.

وأجاز الأوزاعي وابن أبي ليلى المضاربة على العروض، وتنعقد حينئذ على قيمتها.

٢- أن يكون **معلوم المقدار**: أما المجهول فلا تصح به المضاربة، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، ويشترط كون الربح معلوماً، وهذا متفق عليه.

٣- أن يكون **عيناً حاضرة**، لا ديناً: فلا تصح المضاربة على دين ولا على مال غائب، لأن الدين قد لا يقبض، والغائب قد لا يحضر، وهذا متفق عليه أيضاً بين فقهائنا.

لكن لو قال شخص لآخر: اقبض الدين الذي لي على فلان وضارب به، صح بالاتفاق، لأن المضاربة أضيفت هنا إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده، فصار رأس المال عيناً لا ديناً.

وأجاز الجمهور أيضاً المضارب على وديعة في يد الوديع، لأن الوديعة ملك صاحبها، فجازت المضاربة عليها. ولم يجز المالكية ذلك، لأن الوديعة أو المرهون شبيه بالدين.

ويجوز للمالك أن يفوض الغاصب بالمضاربة في المغصوب، لأنه مملوك لصاحبه، ويصح له بيعه للغاصب أو من يقدر على أخذه منه، فأشبه الوديعة.

٤- **أن يسلِّم رأس المال إلى المضارب:** ليتمكن من العمل فيه على جهة الاستقلال، ومراعاة طبيعة التجارة، فلو شرط بقاء يد المالك على المال، فسدت المضاربة. وهذا شرط متفق عليه عند الجمهور. وأجاز الحنابلة اشتراط بقاء يد المالك على المال.

وللمضارب في رأي المالكية أن يشترط عمل صاحب المال مجاناً، أو أن يشترط تقديم دابته حيث كان المال كثيراً، ولمريد القراض عندهم أن يدفع مالين متعاقبين، واحداً بعد الآخر، لمضارب واحد، إذا شرط خلط المالين عند دفع الثاني، لأن المآل هو مال واحد.

وشروط الربح اثنان:

١- أن يكون **معلوم القدر**: لأن المقصود هو الربح، وجهالة تفسد العقد، لما يترتب على ذلك من المنازعة.

٢- وأن يكون **الربح جزءاً شائعاً**: أي نسبة معينة كالثلث أو الربع أو النصف، فإذا عين العاقدان لأحدهما مقداراً مقطوعاً مثل مئة دينار، والباقي للآخر، فسدت المضاربة إجماعاً، حتى ولو كان الربح مضموناً في الغالب، لأن المضاربة تقتضي المشاركة في الربح، ويحتمل ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المتفق عليه لأحدهما، فيكون الربح لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة.

وتفسد المضاربة أيضاً إذا شرط لأحد العاقدين زيادة ربح على حصته كعشرة مثلاً، لاحتمال ألا يربح المضارب إلا هذا القدر، فلا تتحقق الشركة في الربح، ويلزم للعامل حينئذ أجر المثل.

ولا تصح المضاربة إن جعل للعامل جزء من ربح من غير المال المتجر فيه، وأجاز المالكية أن يتراضى العاقدان بعد العمل على جزء قليل أو كثير.

أحكام المضاربة

لكل من المضاربة الفاسدة والصحيحة أحكام شرعية.

حكم المضاربة الفاسدة

مثل: اعمل بشبكتي هذه والصيد بيننا، أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام المضاربة الصحيحة، ولا يستحق المضارب النفقة ولا الربح المسمى، وإنما يستحق أجر المثل على عمله، لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة.

ويكون الربح الحاصل قليلاً أو كثيراً كله لصاحب المال، لأن الربح نماء ملكه، وكذلك تكون الخسارة عليه.

والقول قول المضارب بيمينه إذا فسد العقد، في ادعاء الهلاك والضياع، لأن المال في يده أمانة، كما في حال المضاربة الصحيحة.

وهذا متفق عليه بين الحنفية والشافعية والحنابلة، إلا أن غير الحنفية قالوا: إذا تصرف المضارب **نفذ تصرفه**، لأنه مأذون له فيه، بخلاف البيع، فإنه لو فسد لا ينفذ تصرف المشتري، مع أن البائع أذن له في التصرف، لأن المشتري إنما يتصرف بالملك لا بالإذن، ولا ملك للمشتري في البيع الفاسد.

وذهب **المالكية** إلى أن العامل في جميع أحكام المضاربة الفاسدة يرد إلى قراض المثل في الربح والخسارة وغيرهما في بعض الأحوال، وهي حالة القراض بالعروض، وحالة جهالة الربح دون وجود عادة يحتكم إليها، وحالة توقيت

القراض كسنة مثلاً، وحالة إضافة القراض للمستقبل، وحالة الاشتراط على المضارب ضمان رأس المال إن تلف بلا تفريط، أو قال له: اشتر بدين مؤجل، فاشترى نقداً، فالربح له، والخسارة عليه، لأن الثمن صار قرضاً في ذمته، أو شرط عليه ما يقل وجوده، بأن يوجد تارة، وينعدم أخرى، أو اختلف العاقدان بعد العمل في حصة الربح، فقال العامل: له الثلثان، وقال صاحب المال: لك الثلث، فيثبت حق المضارب في **الربح** نفسه، لا في ذمة رب المال، فإذا هلك المال لم يكن للمضارب شيء، وإذا لم يكن هناك ربح فلا شيء له.

وفي غير هذه الأحوال يكون للعامل أجر المثل، مثل القراض بدين لرب المال على العامل، أو بوديعة له عند العامل، واشتراط يد رب المال مع العامل، أو اشتراط أمين على العامل يراقبه، أو يشترط عليه أن يشارك غيره في مال القراض أو يخلط المال بماله أو بمال قراض عنده، أو أن يبضع بمال القراض.

والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل: أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال، سواء كان في المال ربح أو لم يكن. وأما قراض المثل فهو على حسب المعتاد في القراض، إن كان فيه ربح كان للعامل منه، وإلا فلا شيء له.

أحكام المضاربة الصحيحة

تتعلق بحال يد الضارب، وعمله، وما يستحقه المضارب، وما يستحقه صاحب المال بالمال.

حال يد المضارب: هي يد أمانة بالاتفاق، فيكون ما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة، لأنه قبضه بإذن مالكه، لا بقصد المبادلة كالمقبوض على سوم الشراء، ولا بقصد التوثق كالرهن.

وإذا اشترى شيئاً، صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع، فهو كالوكيل بالشراء في شراء الشيء بمثل قيمته، أو بما يتغابن الناس في مثله، وهو في البيع كالوكيل بالبيع المطلق، لا يبيع لنفسه.

وإذا ربح صار شريكاً في الربح بقدر حصته. وإذا فسدت المضاربة كان له أجر المثل. وإذا خالف شرط رب المال، صار بمنزلة الغاصب، ويضمن المال الذي في يده، لتعديه في ملك غيره.

وإذا تلف المال في يده من غير تفريط، لأنه نائب عن رب المال في التصرف.

وإذا ظهرت خسارة تحملها رب المال وحده، واحتسبت من الربح أولاً إن وجد.

وإن شرط على المضارب ضمان رأس المال إن تلف، بطل الشرط، والعقد صحيح في رأي الحنفية والحنابلة. ويترتب عليه: أن يكون تشغيل المال على حساب الربح، مع ضمان رأس المال صحيحاً، والشرط باطل. وتفسد المضاربة حينئذ في رأي المالكية والشافعية، لما فيه من غرر يتنافى مع طبيعة المضاربة.

تصرفات المضارب: يختلف الحكم بين المضاربة المطلقة والمقيدة.

فإذا كانت **المضاربة مطلقة** (وهي التي تتم من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله) فللمضارب أن يتصرف في مال المضاربة في أنواع التجارات، في كل مكان، ومع سائر الناس، لإطلاق العقد. ويملك في رأي أبي حنيفة خلافاً للصاحبين البيع نقداً ونسيئة (لأجل) وبغبن فاحش. وله الإبضاع[١] كعادة التجار.

وله الإيداع والاستئجار والتوكيل بالشراء والبيع والمسافرة بالمال في رأي الجمهور، خلافاً للشافعي الذي قال: لا يسافر به إلا بإذن رب المال.

وما لا يجوز للمضارب فعله: هو الاستدانة على مال المضاربة أو الإقراض من رأس المال، إلا بإذن رب المال صراحة في رأي الجمهور. ولا يجوز له ذلك عند

---

(١) الإبضاع كما تقدم: أن يعطي إنساناً مالاً من الشركة، ليشتري له بضاعة من بلد كذا، دون عوض.

المالكية، وإن أذن له رب المال، فإن استدان في الشراء، كان ضامناً ما اشتراه، وكان الربح له وحده، ولا شيء منه لرب المال، لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته؟!

وليس له شراء سلعة بأكثر من مال المضاربة نقداً أو إلى أجل، للنهي عن ربح ما لم يضمن، لأن العامل يضمن ما زاد في ذمته.

وليس له أيضاً أخذ المال على سبيل القرض، ليسلمه إلى مدين في بلد آخر، يريده المقرض، لأنه يكون متحملاً تبعة مخاطر الطريق.

وليس للمضارب أن يدفع المال إلى غيره مضاربة أو أن يشارك به، أو أن يخلط بمال نفسه أو بمال غيره، إلا بتفويض مطلق من رب المال أو إذن له بالتصرف.

هل للمضارب أن يضارب؟ في المسألة رأيان:

يرى الحنفية أنه ليس للمضارب أن يضارب في المال مع شخص آخر إلا بتفويض من رب المال، وإذا لم يفوضه، لم يكن المال **مضموناً** عند أبي حنيفة بمجرد الدفع إلى الثاني، فإذا **ربح** الثاني ضمن المضارب الأول لرب المال، ولا يضمن قبل الربح، فلو هلك المال في يد الثاني قبل أن يربح، هلك كسائر الأمانات.

وهذا في المضاربة الصحيحة، فإن كانت فاسدة، فلا يضمن المضارب الأول بعد الربح، لأن المضارب الثاني أجير في المال حينئذ، فله أجر مثله، فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان.

ويرى الصاحبان ورأيهما هو **ظاهر الرواية**: إذا عمل المضارب الثاني، ضمن الأول المال، ربح أو لم يربح، لأن المضارب الثاني لما عمل، فقد تصرف الأول في المال بغير إذن المالك، فيتعين به الضمان، ربح أو لم يربح.

وأما **الربح** الناتج من المضاربة، فيوزع بحسب الشرط، فيعطى لرب المال ربحه

على حسب شرطه في المضاربة الأولى، وما بقي من الربح يكون بين المضارب الأول والثاني على حسب الاتفاق بينهما.

وقال الإمام أحمد: لا يطيب الربح للمضارب.

وأما **غير الحنفية**: فقال المالكية: يضمن العامل إذا ضارب في المال بغير إذن رب المال، لتعديه، ويكون الربح للعامل الثاني ولرب المال، ولا شيء للعامل الأول.

وقال الشافعي: لا يجوز للعامل أن يقارض غيره، ليشاركه في العمل والربح، ولو كان ذلك بإذن رب المال، ويظل القراض مع العامل الأول صحيحاً، ويستحق العامل الثاني من الأول أجر المثل إذا عمل.

والخلاصة: أن فقهاء المذاهب اتفقوا على أن الضمان بمضاربة العامل غيره، يستقر على المضارب الأول.

وأما **المضاربة المقيدة** (وهي أن يتقيد العامل بالعمل أو المكان أو الزمان أو صفة العمل، أو بمن يعامله) فلها حكم المضاربة المطلقة في جميع الأحكام المتقدمة، وإنما في نطاق القيد الذي قيدت به، فليس للمضارب أن يتجاوز القيد الذي قُيِّد به، لأن العقد توكيل، والوكيل يعمل في حدود الموكل فيه.

والضابط في ذلك عند الحنفية: أن المضاربة تقبل التقييد المفيد، ولو بعد العقد، ما لم يصر المال عروضاً تجارية، أما التقييد بغير المفيد فلا يعتبر أصلاً، كحالة النهي عن بيع المال حالاً.

ويرى المالكية والشافعية: أن وظيفة المضارب هي التجارة في المال للاسترباح والتنمية، وهو بالبيع والشراء مما جرت العادة بأن يتولاه التجار، فكل شرط يحول دون عمله المعتاد أو المتعارف يفسد القراض عندهم.

حقوق المضارب

١- النفقة من مال المضاربة

للفقهاء ثلاثة آراء:

يرى الجمهور أن للمضارب النفقة من مال المضاربة في السفر لا في الحضر، من الربح إن وجد، وإلا فمن رأس المال، بما يحتاج إليه من طعام وكسوة، لأنه لو لم تجعل له النفقة، لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها.

ويرى الشافعية والحنابلة أنه لا نفقة للمضارب سفراً أو حضراً إلا بالشرط، أي أن يأذن له رب المال، لأن للمضارب نصيباً من الربح، فلا يستحق شيئاً آخر، ويكون المأخوذ زيادة منفعة في المضاربة.

وذهب جماعة منهم إبراهيم النخعي والحسن البصري إلى أن للمضارب نفقته سفراً وحضراً.

ونفقة المضارب في مال المضاربة هي كما ذكر الحنفية: ما تصرف إلى الحاجة الراتبة وهي الطعام والكسوة والإدام والشراب وأجر الأجير وأجرة الحمام، ودهن السراج والحطب، وفراش ينام عليه، وعلف دابته التي يركبها في سفره، وغسل ثيابه ونحوه مما لا بد في السفر منه عادة. أما ثمن الدواء ففي مال المضارب خاصة في ظاهرة الرواية، لأن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع، وإلى الدواء بعارض المرض أي إنها طارئة أحياناً، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج، ودواؤها في مالها.

وقدر النفقة: يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف، لأن الإذن ثابت بالعادة، فيعتبر القدر المعتاد.

وتحتسب النفقة: من الربح إن وجد، وإلا فمن رأس المال؛ لأن النفقة جزء هالك من المال، والهلاك ينصرف إلى الربح.

والنفقة الزائدة من الكسوة وحوائج الطعام والشراب ترد إلى مال المضارب.

وإذا أنفق المضارب من ماله على نفسه فيما يحق له، فما أنفقه فهو دين في مال المضاربة.

ويظل الحق للمضارب بالنفقة وإن أقام خمسة عشر يوماً، ما دام يقيم للبيع والشراء، في رأي الحنفية، وعند المالكية: ما لم يتزوج.

٢- الربح المسمى

للمضارب نصيبه من الربح المتفق عليه، إن وجد، فإن لم يكن ربح فلا شيء له، لأنه عامل لنفسه، فلا يستحق الأجر.

ويظهر الربح بالقسمة، ولا تصح قسمة الربح قبل أن يأخذ رب المال رأس ماله من يد المضارب، لقول النبي ﷺ: «مثل المصلي كمثل التاجر، لا يخلص له ربحه، حتى يخلص له رأس ماله، كذلك المصلي لا تقبل نافلته حتى يؤدي الفريضة»[١]. دلَّ الحديث على أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح؛ لأن الربح زيادة، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل.

وهذا متفق عليه بين الحنفية والمالكية والشافعية.

وقال الحنابلة: إن العامل يملك حصته من الربح بظهوره، ولو لم يقسم المال.

وحق رب المال: في أن يأخذ حصته من الربح المسمى إذا كان في المال ربح، وإلا فلا شيء له على المضارب.

---

(١) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٢/ ٣٨٧، قال النووي في المجموع ٤/ ٦٣: حديث ضعيف.

مبطلات المضاربة

تنتهي المضاربة في الحالات الخمس الآتية:

١- الفسخ أو النهي عن التصرف أو العزل

إذا علم صاحبه بالفسخ والنهي، وأن يكون رأس المال ناضاً، أي نقداً وقت الفسخ والنهي، حتى يتبين ما إذا كان هناك ربح مشترك بين المضارب ورب المال.

لكن المالكية القائلين بصيرورة العقد لازماً للطرفين بالشروع في العمل، قالوا: لا يفسخ العقد إلا باتفاق الطرفين.

٢- موت أحد العاقدين

تبطل المضاربة عند الجمهور بموت أحد العاقدين أو كليهما، كالوكالة، سواء علم الطرف الآخر بالموت أم لم يعلم.

لكن لا تنفسخ المضاربة بموت أحد العاقدين عند المالكية، ولورثة المضارب إتمام العمل إن كانوا أمناء، أو يأتوا بأمين.

٣- جنون أحد العاقدين

تبطل المضاربة بجنون أحد العاقدين عند الجمهور غير الشافعية، لأن الجنون يبطل الأهلية، كما في الوكالة، مثل الإغماء والحجر على رب المال نفسه. أما الحجر على المضارب للسفه فإنه لا ينعزل به عند الحنفية، لأنه يصبح حينئذ كالصبي المميز، والمميز عندهم أهل للوكالة عن غيره، ومثله السفيه.

٤- ارتداد رب المال عن الإسلام ثم لحوقه بدار الحرب

إذا قضى القاضي بلحاقه أو قتله مرتداً، وتبطل المضاربة عند أبي حنيفة رحمه الله من يوم الرِّدة.

وإذا ارتد المضارب بقيت المضاربة على حالها، لتوافر أهليته، لأن عبارة المرتد صحيحة لتوافر التميز والآدمية دون خلل فيهما.

لكن لا ينعزل المضارب بالعزل والنهي وبموت رب المال أو بردته إلا إذا صار رأس المال ناضاً أي تحول إلى النقدية.

٥- هلاك مال المضاربة

هلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً؛ لأن المال تعين لعقد المضاربة بالقبض، فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة.

وكذا تبطل المضاربة باستهلاك المضارب مال المضاربة أو إنفاقه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه، لكن إن أخذ المضارب مثل المال من الذي استهلكه، كان له أن يشتري به شيئاً للمضاربة.

الهبة

تعريفها وشرعيتها، وركنها وشروطها، وحكمها، وموانعها، وعطية الأولاد

تعريف الهبة ومشروعيتها

الهبة: العطية في حال الحياة، **والعطية**: الهبة في مرض الموت، والهدية: ما يقصد به التودد إلى المهدى له، والصدقة: ما قصد بها التقرب إلى الله تعالى بإعطاء المحتاج. هذا في اللغة.

وفي **الاصطلاح الفقهي**: عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً.

وهي مشروعة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤/٤]. وقوله سبحانه: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾ [البقرة: ٢/١٧٧]، وقوله ﷺ: «تهادوا تحابّوا»[١]. وهي للأقارب أشد استحباباً، لأنها صدقة وصلة رحم، كما ثبت في السنة[٢].

وتسن المكافأة على الهبة حينما يتيسر ذلك، لحديث البخاري عن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية، ويثيب عليها».

ركن الهبة

للهبة **عند الحنفية** كأي عقد لها **ركن واحد** وهو: الإيجاب والقبول. والقبض ركن كما ذكر السرخسي في المبسوط، واستحسن الكاساني وغيره من الحنفية: أن القبول من الموهوب له ليس ركناً، وإنما الركن فقط هو الإيجاب من الواهب،

---

(١) رواه أصحاب الكتب الستة عن أبي هريرة وابن عمرو، وابن عمر، وعائشة رضي الله عنها.

(٢) روى الطبراني وابن خزيمة في صحيحه، والحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم عن أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: «أفضل الصدقة: الصدقة على ذي الرحِم الكاشح» أي الذي يضمر عداوته في كشحه أي خصره. وهو معنى حديث آخر: «وتصل من قطعك».

لأن معنى الهبة في اللغة كذلك، وإنما القبول لثبوت حكمها أي الأثر المترتب عليها، وهو نقل الملكية. وأكثر شراح الحنفية على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، لأنها تبرع، لكن لا يملك الموهوب له الشيء الموهوب إلا بالقبول والقبض.

وللهبة **عند الجمهور أركان أربعة هي**: الواهب، والموهوب له، والموهوب، والصيغة، أي الإيجاب والقبول.

والإيجاب: إما صريح مثل وهبت، وإما ما يجري مجرى الصريح مثل: ملّكت، وجعلت لك، وأعطيت، ونحلت، وأهديت، وأطعمت، وحملتك على هذا المركوب.

العمرى والرقبى

الكلام السابق في الإيجاب المطلق، وهنا في الإيجاب المقرون بقرينة وقتية أو شرطية أو منفعة.

فالعمرى: هي الإيجاب المقترن بقرينة الوقت: مثل قول الواهب: أعمرتك هذه الدار، أو جعلتها لك عمري، أو عمرك، أو حياتي أو حياتك، فإذا مت أنا فهي ردّ على ورثتي. وحكمها أنها هبة للمخاطب، والتوقيت باطل، لحديث: «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فإن من أعمر شيئاً، فإنه لمن أعمره»[(١)] أي للمعمر له أو الموهوب له.

والرقبى: هي المقترنة بشرط، وهي عارية عند أبي حنيفة ومحمد، لحديث أن النبي ﷺ أجاز العمرى، وأبطل الرقبى[(٢)].

وهي هبة في رأي أبي يوسف والشافعية والحنابلة، تتم بالقبض، لحديث أن النبي ﷺ أجاز العمرى والرقبى[(٣)].

(١) رواه مالك وأحمد وأصحاب الكتب الستة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، بألفاظ مختلفة.

(٢) قال عنه الزيلعي: غريب.

(٣) رواه الترمذي وابن ماجه عن جابر بلفظ: «العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها».

والمالكية كالحنفية أجازوا العمرى وأبطلوا الرقبى.

والمنحة: هي الإيجاب المقترن بالمنفعة: مثل قول الواهب: «هذه الدار لك سكنى» أو «هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة». وهي عارية باتفاق الحنفية، وكذلك عند غيرهم، لما فيها من قرينة تمليك المنفعة فقط.

فإن كان الممنوح شيئاً لا ينتفع به إلا باستهلاكه، كمنح الطعام واللبن، فهو هبة، لأنه لا يمكن الانتفاع بهذا الشيء إلا باستهلاكه، أي لا منفعة له مع بقاء عينه.

شروط الهبة

شرط الواهب

يشترط في الواهب أن يكون له أهلية التبرع (بالعقل والبلوغ مع الرشد) لأن الهبة تبرع، فلا تصح هبة الصبي والمجنون والسفيه (المبذر) لأنهم لا يملكون التبرع، باعتباره ضرراً محضاً.

شرط الموهوب

١- أن يكون **موجوداً** وقت الهبة: فلا تنعقد هبة ما ليس بموجود وقت العقد، كهبة ما يثمر نخله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة، أو ما في بطن هذه الشاة. وهذا متفق عليه عند الجمهور، وذهب المالكية إلى أنه تجوزُ هبة ما لا يصح بيعه، كالمجهول والبعير الشارد، والمغصوب، والثمرة قبل بدو صلاحها.

٢- أن يكون **مالاً متقوماً**: فلا تنعقد هبة ما ليس بمال أصلاً، كالميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والحر، ولا تصح هبة ما ليس بمتقوم (لا يباح الانتفاع به شرعاً) كالخمر والخنزير. وهذا متفق عليه.

٣- أن يكون **مملوكاً في نفسه**: فلا تنعقد هبة المباحات.

٤- أن يكون **مملوكاً للواهب**: فلا تنفذ هبة مال الغير بغير إذنه، وهذا شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية.

٥- أن يكون **محرزاً**، أي مفرزاً في رأي الحنفية دون غيرهم، فلا تصح هبة المشاع إذا كان يحتمل القسمة كالدار والبيت الكبير، وهو شرط صحة عندهم؛ لأن الشيوع يمنع القبض. وتجوز هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة كالسيارة والحمام والبيت الصغير والجوهر، لتعذر قسمته.

وأجاز الجمهور هبة المشاع، كبيع المشاع، لأنه يصح قبضه، بأن يتسلم الموهوب له الشيء الموهوب، فيستوفي منه حقه، ويكون نصيب شريكه كالوديعة، ولأن الرسول ﷺ قال لوفد هوازن الذين طلبوا منه أن يردَّ عليهم ما غنمه منهم: «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم»[١]، وهذا هبة مشاع.

٦- أن يكون الموهوب **متميزاً** عن غيره: لا متصلاً به ولا مشغولاً بغير الموهوب وهذا شرط صحة عند الحنفية، لأنه لا يتحقق معنى القبض: وهو التمكن من التصرف في المقبوض، مع شغل الموهوب بغيره. وترتب عليه: أنه لا تجوز هبة الأم واستثناء ما بطنها، لأنه هبة ما هو مشغول بغيره، لكن استحساناً: تجوز الهبة للأم والحمل معاً.

٧- **قبض الموهوب**: لا بد منه، فهو شروط للزوم الهبة عند الحنفية والشافعية، لأن أبا بكر رضي الله عنه استرد ما وهب ابنته عائشة قبل الإحراز.

وذهب الحنابلة: إلى أن القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، لإجماع الصحابة على ذلك. وأما غير المكيل والموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد، لقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما: «الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض».

---

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة.

ورأى المالكية: أنه لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها (أي لكمال فائدتها) والمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد، على المشهور عندهم.

٨- **كون القبض بإذن الواهب**: فلو قبض الموهوب له الشيء الموهوب بلا إذن لم يملكه، وضمنه، لأن التسليم غير مستحق على الواهب، فلا يصح التسليم إلا بإذنه. واستحسن الحنفية أنه لو تم القبض في مجلس العقد، بحضور الواهب، جاز، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس، لم يجز، إلا أن يأذن له الواهب في القبض، لأن في الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض، فكان إذناً دلالة في قبض الأعيان. أما في هبة الدين لغير من عليه الدين، فلا بد من الإذن صراحة بالقبض، لأن الإيجاب حينئذ لا يتضمن الإذن دلالة، لأن تمليك الدين لمن ليس عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض.

وذهب المالكية إن أن القبض يصح ولو بلا إذن من الواهب، لأن الواهب يجبر على التسليم، والهبة تملك بالإيجاب على المشهور.

نوعا القبض

قبض الموهوب عند الحنفية نوعان: قبض بطريق الأصالة، وقبض بطرق النيابة.

أما **الأول**: فهو أن يقبض لنفسه بنفسه، وشرط جوازه العقل (التمييز) فقط، فلا يجوز قبض الصبي غير المميز والمجنون. أما البلوغ: فليس بشرط لصحة القبض استحساناً، فيجوز قبض الصبي المميز ما وهب له.

وأما القبض **بطريق النيابة**: فهو نوعان:

نوع يرجع إلى القابض، ونوع يرجع إلى نفس القبض.

أما **الأول**: فهو القبض للصبي: وشرط وجوده وجود ولاية أو عيلة، أي

كون الصبي في عيال شخص ورعايته وتربيته عند عدم الولي. فيقبض للصغير وليه وهو عند الحنفية: الأب، ثم وصيه، ثم الجد، ثم وصيه. فإن لم يوجد أحد من هؤلاء الأربعة، جاز قبض من كان الصبي في عياله ورعايته استحساناً.

وأما **النوع الثاني** وهو الراجع لنفس القبض: فينوبَ قبضٌ مكان قبض إن كان مثله في القوة أو أقوى منه.

فإن كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية، فوهب له، صحت الهبة، ولا يحتاج لتجديد القبض بعد العقد استحساناً، لأن قبض الهبة، وقبض الوديعة أو العارية متماثلان في القوة، لأن كل واحد منهما قبض أمانة غير مضمون.

وإن كان الموهوب في يد الموهوب له مضموناً بنفسه كالمغصوب، والمقبوض على سوم الشراء[1]، والمقبوض ببيع فاسد، فوهب له، صحت الهبة، لأن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، فينوب عنه.

وكذلك إن كان الشيء مضموناً بغيره، كالمرهون المضمون بالدين، والمبيع المضمون بالثمن، فوهبه مالكه لصاحب اليد، ففي الجامع الصغير يصير الموهوب له في المضمون بغيره قابضاً، لأن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، والأقوى ينوب عن الأدنى.

حكم الهبة

هو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض.

وصفة حكم الهبة عند الحنفية: أن ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، فيصح

(١) هو أن يقبض المساوم شيئاً لينظره أو ليشتريه، فإن بيَّن البائع للمقبوض ثمناً، كان المقبوض مضموناً على القابض. فإن لم يبين له الثمن كان الشيء مقبوضاً على سوم النظر، وهذا أمانة غير مضمون.

الرجوع عن الهبة أو فسخها، للحديث النبوي: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب منها»[١] أي يعوض عنها.

وذهب المالكية: إلى أنه يثبت الملك في الموهوب بمجرد العقد، ويصبح لازماً بالقبض، فلا يحل الرجوع بعدئذ، لكن يصح للوالد الرجوع فيما يهبه لولده الصغير أو الكبير، وهو المسمى بالاعتصار أو الرجوع في الهبة.

وقريب من هذا الرأي قول الشافعية والحنابلة: لا يحل للواهب أن يرجع في هبته، إلا فيما يهب الوالد لولده، لحديث: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» وفي لفظ آخر: «ليس لنا مثل السوء: العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»[٢]، وفي حديث آخر: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده»[٣]، وكالوالد سائر الأصول عند الشافعية.

موانع الرجوع في الهبة

يمتنع الرجوع في الهبة عند الحنفية في سبعة أحوال هي:

١- **العوض المالي**: بأن عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً، وقبضه الواهب، للحديث المتقدم: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبْ منها» أي يعوض. وهذه هبة الثواب أي العوض.

٢- **العوض الأدبي أو المعنوي**: وهو ثلاثة أنواع: الثواب من الله تعالى، صلة الرحم، صلة الزوجية.

٣- **الزيادة المتصلة بالموهوب**: سواء كانت متولدة من الأصل كالبناء على الدار، أو غرس الأشجار، أو غير متولدة كصبغ الثوب، وطروء السمن والجمال، فذلك يمنع الرجوع.

---

(١) رواه الحاكم وصححه من حديث ابن عمر، كما صححه ابن حزم.

(٢) الرواية من حديث عبد الله بن عمرو عند النَّسائي، والثانية من رواية أبي داود.

(٣) رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما.

أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع من الرجوع، سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمر، أم غير متولدة كالكسب والغلة، لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد، فلا يرد عليها الفسخ، وتمنع من الفسخ.

وأما نقصان الموهوب: فلا يمنع من الرجوع في الهبة، ولا يضمن الموهوب له النقصان، لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون.

٤- **خروج الموهوب عن ملك الموهوب له**: بأي سبب كان، كالبيع أو الهبة ونحوها، لأن اختلاف الملكين كاختلاف العينين، فلو وهب عيناً (شيئاً) لم يكن له الرجوع في عين أخرى.

٥- **موت أحد العاقدين**: لأن الملك انتقل إلى الوارث، فصار كما لو انتقل في حياته، في الحالة السابقة.

٦- **هلاك الموهوب أو استهلاكه**: لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته، لأنها ليست بموهوبة.

عطية الأولاد

تستحب التسوية في العطاء حال الحياة بين الأولاد بالاتفاق، ويكره التفضيل بينهم، **وهل التسوية واجبة أو مندوبة؟**

- ذهب الجمهور إلى أنه لا تجب التسوية، بل تندب، ويكره التفضيل لأن أوامر التسوية في السنة النبوية محمولة على الندب، والنهي عن التفضيل محمول على كراهة التنزيه. من هذه الأوامر: «سووا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال»[١]، «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»[٢].

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه، والبيهقي بإسناد حسن.

(٢) رواه البخاري.

والمراد من التسوية بين الذكر والأنثى في رأي الجمهور التسوية المطلقة، فتعطى الأنثى مثل الذكر.

وذهب الحنابلة ومحمد بن الحنفية: إلى أن للوالد أن يقسم بين أولاده على حسب قسمة الله تعالى في الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن الله تعالى قسم بينهم كذلك، وأولى ما اقتدي به هو قسمة الله سبحانه.

- وذهب جماعة (أحمد والثوري وطاووس وإسحاق وآخرون): إلى أنه تجب التسوية بين الأولاد في العطية أو الهبة حال الحياة، وتبطل العطية مع عدم المساواة، لظاهر الأمر الوارد في الأحاديث، وهو يقتضي الوجوب، وقول النبي ﷺ في حال إعطاء بعض الأولاد دون بعض: «لا أشهد على جور».

وتسن التسوية اتفاقاً في **العطية للوالدين وللإخوة والأخوات**، ويجوز تفضيل الأم أحياناً، لأن رسول الله ﷺ خصَّها بمزيد الإكرام ثلاث مرات، وجعل للأب مرتبة واحدة[١].

ويجوز تخصيص الابن الأكبر بشيء، للحديث: «حق كبير الإخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده»[٢].

❊ ❊ ❊

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه البيهقي، عن سعيد بن العاص رضي الله عنه، لكنه ضعيف.

الإيداع

تعريفه ومشروعيته، وركنه وشروطه، وحكم العقد وطريقة حفظ الوديعة، وحال الوديعة: هل يد الوديع يد أمانة أو يد ضمان؟

تعريف الإيداع وشرعيته

الودع **لغة**: الترك، والوديعة: الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ. وتطلق الوديعة **فقهاً** على الإيداع وعلى العين المودعة، والأصح أن يقال: الإيداع عقد، لا الوديعة عقد.

و**الإيداع** هو: تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة. والصريح: مثل قول المودع لغيره: أودعتك، فيقبل الآخر، والدلالة: مثل قول المودع لآخر: هذا الشيء وديعة عندك، ويسكت الآخر.

وهو مشروع ومندوب إليه، لقوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨/٤]، وقوله ﷺ: «أدِّ الأمانة إلى ائتمنك، ولا تخن من خانك»[1].

ركن الإيداع

للإيداع عند الحنفية كأي عقد ركن واحد هو: الإيجاب والقبول، كقول شخص لغيره: أودعتك هذا الشيء، أو حفظ هذا الشيء لي، فيقبله الآخر.

شروط الإيداع

يشترط في **العاقدين** عند الحنفية: العقل (التميز) فلا يصح الإيداع من الصبي

(١) رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن.

غير المميز، ولا من المجنون، ولا القبول منهما. ولا يشترط البلوغ، فيصح الإيداع من الصبي المميز المأذون له في التجارة، لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر، كما يصح قبول الوديعة منه، لأنه من أهل الحفظ. وأما الصبي المحجور عليه (الممنوع من ممارسة التجارة) فلا يصح قبول الوديعة منه، لأنه لا يحفظ المال عادة.

واشترط الجمهور في العاقدين: ما يشترط في الوكالة من البلوغ والعقل والرشد.

ويشترط في **الوديعة**: أن يكون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، فلو أودع الطير في الهواء، أو المال الساقط في البحر، لم يضمن الوديع.

حكم عقد الإيداع وطريق حفظ الوديعة

حكم عقد الإيداع: لزوم الحفظ للمالك، لأن الإيداع استحفاظ من المالك وائتمان، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ، فيلزمه الحفظ، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[١].

وطريقة **حفظ** الوديعة: في رأي الحنفية والحنابلة: أن يحفظ الوديع الوديعة، كما يحفظ ماله في حرز مثله عرفاً، وذلك بيده، أو بيد من هو في عياله، ممن تلزمه نفقته كالزوجة والولد والخادم.

ويصح للوديع أن يحفظ الوديعة بيد من ليس في عياله، ممن يحفظ ماله عنده، كالشريك، لا المستأجر مياومة.

فإن حفظها عند غير هؤلاء، ضمنها، لأن المالك رضي بيده، لا بيد غيره، والأيدي تختلف، إلا في حال وقوع حريق، فله أن يسلِّمها إلى جاره، أو في حال إشراف سفينته على الغرق، فيلقيها إلى غيره.

---

(١) رواه الترمذي وصححه، وابن ماجه، من حديث عمرو بن عوف رضي الله عنه، ولفظ الترمذي: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً».

وقريب من هذا قول المالكية: للوديع حفظ الوديعة عند عياله الذين يأمنهم كالزوجة والابن والأجير الذي اعتيد حفظ المال عنده، بأن طالت إقامته عند صاحب العمل ووثق به بالتجربة، بخلاف ما لم يعتادوا ذلك كالزوجة الجديدة إثر تزوجه بها، والأجير عقب استئجاره.

ويرى الشافعية: أن على الوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه، ولا يجوز حفظها عند زوجته أو ولده بلا إذن المودع، أو إذا لم يكن هناك عذر بذلك، لأن المودع رضي بأمانة الوديع لا بيد غيره، فإن خالف ضمن، إلا لعذر كمرض أو سفر.

حال الوديعة أهي أمانة أم مضمونة؟

اتفق الفقهاء على أن الوديعة أمانة محضة، لا مضمونة، فلا يجب الضمان على الوديع إلا بالتعدي أو التقصير، لقوله ﷺ: «ليس على المستودع غير المغل ضمان»[١]، والمغل: الخائن، وقوله أيضاً: «لا ضمان على مؤتمن»[٢]، واشتراط الضمان على الأمين كالشريك والمضارب باطل.

ويترتب عليه: أنه يجب رد الوديعة عند طلب المالك مع الإمكان، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٤/٥٨].

فإن أنكر الوديع الوديعة ضمنها، لخروجه عن حد الأمانة.

ويترتب عليه أيضاً أن القول قول الوديع في التلف والرَّد على الإطلاق، مع يمينه.

---

(١) رواه الدارقطني والبيهقي، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال الحافظ ابن حجر: وفي إسناده ضعيفان.

(٢) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفي إسناده ضعف.

حالات ضمان الوديعة

تضمن الوديعة إذا تغير حالها فيما يأتي:

ترك الوديع الحفظ، وإيداع الوديعة عند من ليس في عياله، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة، واستعمال الوديعة كلبس الثوب وركوب الدابة والسفر بالوديعة في رأي الجمهور، لأن عليه أن يردها إلى صاحبها أو وكيله إن قدر على الرد. وأجاز أبو حنيفة للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً، ولم ينهه صاحب الوديعة عن ذلك.

وتضمن الوديعة حال جحودها بأن طلبها صاحبها، فأنكرها الوديع، أو حبسها عنه، وهو يقدر على تسليمها.

وكذا تضمن حال خلط الوديعة بغيرها، كمال نفسه، ولم يمكن تمييزها عن غيرها، في رأي أبي حنيفة وغيره من الأئمة، لأن الخلط إتلاف للوديعة من حيث المعنى.

وتضمن الوديعة إذا مات الوديع مجهلاً الوديعة، أي لم يبينها، إلا في ثلاثة أحوال:

١- إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف.

٢- إذا مات القاضي مجهلاً أموال اليتامى عند من أودعها أو عنده.

٣- إذا مات الحاكم، ولم يبين عند من أودع بعض الغنائم الحربية. ونحو ذلك، لأن هؤلاء يعملون بمقتضى المصلحة العامة.

وتضمن الوديعة اتفاقاً عند مخالفة شرط المودع في حفظ الوديعة، كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر دون عذر.

* * *

الإعارة

تعريفها ومشروعيتها، وركنها وشروطها، وحكم عقدها، وحال العارية أهي أمانة أم مضمونة؟

تعريف الإعارة وشرعيتها

الإعارة: تمكين الآخر من الانتفاع بالشيء المعار أو تداوله فيما بينهم، والعارِيّة: اسم لما يعار أو لعقد الإعارة، جمع عَوَارٍ، مأخوذة من عار: إذا ذهب وجاء. والأصح أن يقال: عقد الإعارة، لا العارية.

والإعارة **فقهاً**: تمليك المنفعة بغير عوض، في رأي الحنفية والمالكية، وفي رأي الشافعية والحنابلة: إباحة المنفعة بلا عوض، فعلى الرأي الأول: للمستعير إعارة الشيء المعار لغيره، وعلى الرأي الثاني: ليس له إعارة الشيء لغيره أو إجارته.

وتختلف عن الهبة بأنها واردة على المنافع، أما الهبة فواردة على عين المال.

وهي قربة مندوب إليها، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٥/٢]. وفسّرت الآية: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ١٠٧/٧] بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض، كالدلو والفأس والإبرة ونحوها. واستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة، وركبه[١]، واستعار أدرعاً من صفوان بن أمية يوم حنين[٢].

ركن الإعارة وشروطها

ركن الإعارة عند الحنفية كأي عقد هو: الإيجاب والقبول قياساً، وليس القبول ركناً استحساناً. والإيجاب من المعير: أن يقول للمستعير: أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب، أو هذه الدار أو الأرض.

---

(١) رواه أحمد والشيخان من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنّسائي، وصححه الحاكم، من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.

واشترط الشافعية: وجود لفظ من المعير أو المستعير: مثل أعرتك أو أعرني، لأن الانتفاع بمال الغير يعتمد إذنه.

وللإعارة عند الجمهور أربعة أركان وهي: المعير، والمستعير، والمعار، والصيغة وهي: كل ما يدل على هذه المنفعة من قول أو فعل.

وشروط الإعارة هي:

١- يشترط **كون المعير** عند الحنفية عاقلاً (مميزاً): فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي غير العاقل، ولا يشترط البلوغ عندهم. ويشترط ذلك عند الجمهور وهو كون المعير أهلاً للتبرع مختاراً، لأن الإعارة تبرع بإباحة المنفعة، فلا تصح ممن لا يصح تبرعه كصبي وسفيه (مبذر) ومفلس، ولا من مستكره.

٢- **القبض** من المستعير: لأن الإعارة عقد تبرع، فلا يثبت حكمها من دون القبض، كالهبة.

٣- أن يكون الشيء المعار مما يمكن **الانتفاع به** من دون استهلاكه، وإلا لم تصح إعارته. مثل إعارة الدور والأراضي والثياب والدواب وأنواع الحيوان، إذا كانت المنفعة مباحة الاستعمال، فلا تجوز إباحة الجواري للاستمتاع، ويكره للاستخدام إلا لذي رحم محرم. ويحرم إعارة السلاح والخيل للحربي، والمصحف ونحوه للكافر، وإعارة الصيد للمحرم بحج أو عمرة.

حكم عقد الإعارة أصل الحكم وبيان صفته

أما **أصل حكم العارية** عند الحنفية والمالكية: فهو: ملك المنفعة للمستعير بغير عوض، وفي رأي الكرخي، والشافعية والحنابلة: موجب الإعارة هو إباحة الانتفاع بالعين المعارة، فهي عقد إباحة.

وثمرة الخلاف تظهر فيما يملكه المستعير، فيجوز له على الرأي الأول إعارة

الشيء لغيره، وإن لم يأذن له المالك، أن المعير سلَّط المستعير على تحصيل المنافع، والتسليط على هذا النحو تمليك، لا إباحة.

ولا يجوز للمستعير على الرأي الثاني أن يعير العارية لغيره، لأن الإعارة إباحة المنفعة، فلا يملك بها الإباحة لغيره، كإباحة الطعام، لاتفاق العلماء على أن عقد الإعارة يجوز من غير أجل، فلو كان مقتضى الإعارة تمليك المنفعة، لما جازت من غير أجل، كالإجارة.

ويلاحظ أن إعارة المكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كإعارة الدراهم والدنانير، هو قرض حقيقة، فعليه المثل أو القيمة بالتلف.

حقوق الانتفاع بالعارية

ذهب الجمهور إلى أن للمستعير الانتفاع بالعارية حسب الإذن.

وفرق الحنفية بين نوعي الإعارة: المطلقة والمقيدة.

فإن كانت الإعارة مطلقة: وهي التي لم يبين في العقد أن المستعير يستعمل الشيء بنفسه أو بغيره، ولا كيفية الاستعمال، فالمستعير كالمالك، ينتفع بالشيء بحسب المعتاد، ولا يستعمله ليلاً ونهاراً، دون أن يقيد بزمان أو مكان آخر، فإن زاد عن المعتاد، فتلف الشيء، ضمن، لأن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً أو بالنص.

وإن كانت الإعارة مقيدة: وهي المحددة بزمان وانتفاع معاً، أو بأحدهما، فيراعى فيها القيد ما أمكن؛ لأن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره، لعدم الفائدة ونحوه، فيلغو القيد، لأنه عبث.

فإن قيده في استعمال العارية بنفسه، وكان الاستعمال مما يتفاوت فيه الناس كالركوب واللبس، فيختص به. وإن كان الاستعمال لا يتفاوت الناس فيه

كسكنى الدار، فله أن يسكن غيره، إلا إذا كان الساكن الجديد حداداً أو قصَّاراً مثلاً ممن يوهن البناء، فليس له إسكانه.

وإن حدد له زماناً أو مكاناً، فجاوز ذلك المكان أو زاد على الوقت، ضمن، لأن التخصيص مفيد.

وإن بين له مقدار الحمل والجنس، فزاد عليه، ضمن بقدر الزيادة إن كان من الجنس نفسه المذكور في العقد. فإن اختلف الجنس كحديد بدلاً من قطن، ضمن جميع الشيء، لأن الحديد يعقر الدابة ويتركز في موضع معين، أما القطن فيتوزع ثقله على جميع ظهر الدابة.

صفة حكم الإعارة

عند الجمهور أن الملك يثبت للمستعير غير لازم، كالملك الثابت بالهبة، فللمعير الرجوع في الإعارة متى شاء، سواء كانت الإعارة مطلقة أو مؤقتة بوقت، إلا إذا كانت العارية لازمة كإعارة أرض لدفن ميت، فهذه إعارة لازمة من الجانبين حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير تراباً، أو استعار مكاناً لسكنى معتدة، فليس للمعير الاسترداد، أو إلا إذا **وقع ضرر بالرجوع**، كإعارة أرض لزراعة موسم معين، فيترك الزرع للحصاد.

واستدلوا على كون العارية عقداً غير لازم (أو جائزاً) بحديث: «المنحة مردودة، والعارية مؤداة»[١].

وذهب **المالكية** إلى أنه ليس للمعير استرجاع العارية، قبل الانتفاع بها، وإذا كانت إلى أجل، فلا يجوز الرجوع إلا بعد انقضاء الأجل، وإن لم يتحدد أجل، التزم المعير بمدة المثل بين الناس في تلك العارية.

ورجح الدردير أن للمعير الرجوع في الإعارة المطلقة متى أحب.

(١) رواه أبو داود والترمذي عن أبي أمامة، ورواه آخرون عن أنس وابن عباس رضي الله عنهم.

حال العارية أهي مضمونة أو أمانة؟

للفقهاء في هذا ثلاثة آراء: رأي بأنها أمانة، ورأي بأنها مضمونة، ورأي بالتفصيل.

الرأي الأول للحنفية: وهو أن **العارية أمانة** في يد المستعير، في حال الاستعمال، وفي غير حال الاستعمال، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، للحديث المتقدم في الوديعة: «ليس على المستعير غير المغل ضمان» أي غير الخائن، ولأن المستعير يقوم بحفظ مال الغير، وهذا إحسان في حق المالك، والله تعالى يقول: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَـٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَـٰنُ ۝٦٠﴾ [الرحمن: ٥٥/ ٦٠].

والرأي الثاني للحنابلة: أن **العارية مضمونة** على المستعير مطلقاً، تعدى أو لم يتعد، بقيمتها يوم التلف، لحديث صفوان بن أمية الذي استعار منه النبي ﷺ أدرعاً يوم حنين، فقال: «أغصباً يا محمد، قال: بل عارية مضمونة»[١]، ولحديث آخر: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢].

والرأي الثالث بالتفصيل للمالكية والشافعية:

أما رأي المالكية فهو: أن المستعير يضمن ما يُغَاب عليه وهو: ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والسفينة السائرة في عُرض البحر، إذا لم يكن على التلف أو الضياع بيِّنة على حصوله بلا سبب منه. ولا يضمن ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار، ولا ما قامت البينة على تلفه.

وأما رأي الشافعية فهو: أن العارية مضمونة على المستعير بقيمتها يوم التلف إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه، وإن لم يفرط في المحافظة عليه، لحديث

---

(١) رواه أحمد وأبو داود.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وصححه الحاكم، من حديث الحسن عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

صفوان المتقدم: «بل عارية مضمونة». أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه، فلا ضمان، لحدوث التلف بسبب مأذون فيه، كتعسر الدابة أثناء حمل مأذون فيه، أو تلف ثوب بلبسه المأذون فيه، ولا يضمن المستعير أيضاً ما استعاره ليرهنه، فتلف عند المرتهن.

واتفق الفقهاء على أن مخالفة شرط المعير غير معتبرة، فاشتراط ضمان العارية من المعير باطل عند الحنفية، وكذا عند المالكية. واشتراط المستعير كون العارية أمانة أو عدم الضمان لا يسقط الضمان، ويلغو الشرط.

ضمان العارية

تضمن العارية عند القائلين بأنها أمانة في يد المستعير في أحوال منها:

التضييع، والإتلاف، وإرشاد سارق عليها، ومنعها عن صاحبها بعد طلبها أو بعد انتهاء المدة. وترك الحفظ في استعمالها أو إيجارها، واستعمالها على نحو غير مشروط أو غير مألوف عادة، والمخالفة في كيفية الحفظ.

ومؤنة ردها على المستعير، لأن الردَّ واجب عليه، لأنه قبضها لمنفعة نفسه، وعليه أجرة الرَّد، كأجرة رد المغصوب تكون على الغاصب.

لكن أجرة رد العين المستأجرة على المؤجر، لأن واجب المستأجر فقط هو التخلية بين الشيء وصاحبه، وكذلك أجرة رد الوديعة على المالك المودع، لأن الوديع يجب عليه ردّ الوديعة فقط عند طلب المالك، للآية الكريمة: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٤/٥٨].

❊ ❊ ❊

الوكالة

تعريفها ومشروعيتها، وركنها وشروطها، وأحكامها، وطرق انتهائها

تعريف الوكالة وشرعيتها

الوكالة **لغة**: الحفظ للشيء، أو التفويض .**وفقهاً** هي: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل. وهي جائزة لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٨/١٩]، وقوله سبحانه: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٤/٣٥]، ولخبر الصحيحين: «أنه ﷺ بعث السعاة لأخذ الزكاة».

ركن الوكالة

عند الحنفية: الإيجاب والقبول، مثل: وكلتك بكذا، أو أذنت لك بفعل كذا، أو افعل كذا، ويقول الآخر: قبلت ونحوه قولاً، أو فعلاً دالاً على القبول. ويجوز القبول على الفور أو على التراخي.

ولها عند الجمهور أركان أربعة هي: الموكل، والوكيل، والموكل فيه، والصيغة.

ويجوز تأقيت الوكالة بزمن معين كشهر أو يوم، بحسب الحاجة، وتصح بأجر وبغير أجر، وتصح عامة وخاصة عند الحنفية والمالكية، خلافاً للشافعية والحنابلة القائلين بعدم صحة الوكالة العامة، لوجود الغرر فيها.

شروط الوكالة

شرط الموكل

يشترط في الموكل أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه، وتلزمه أحكام

ذلك التصرف، فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي غير المميز، لعدم العقل شرط الأهلية في التعاقد، ولأنه لا تلزمهما أحكام التصرفات. ولا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه من التصرفات، كالطلاق والهبة ونحوهما من التصرفات الضارَّة، ويصح منه التصرف النافع كقبول التبرعات. أما التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة: فإن كان المميز مأذوناً في التجارة، صح منه التوكيل بها، لأنه يملكها بنفسه، وإن كان ممنوعاً من التصرفات، انعقد التوكيل منه موقوفاً على إجازة وليه، أو على إذن وليه بالتجارة في رأي الحنفية.

ولم يصحح المالكية والشافعية والحنابلة توكيل الصبي مطلقاً، لعدم صحة مباشرته أي تصرف.

شروط الوكيل

١- أن يكون عاقلاً (مميزاً) في رأي الحنفية، بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب، والشراء جالب، ويميز الغبن اليسير من الغبن الفاحش، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز.

وقال الجمهور: وكالة الصبي غير صحيحة، لأنه غير مكلَّف، فلا تصح مباشرته التصرف لنفسه، فلا يصح توكله. لكن أجاز الشافعية توكيل الصبي المميز بالإذن بدخول دار، وإيصال هدية، وحج، وتطوع، وذبح ضحية، وتفرقة زكاة.

٢- وأن يكون قاصداً العقد: بألّا يكون هازلاً، وأن يعلم بالتوكيل في الجملة.

٣- وأن يكون معيناً إما بنسبة أو إشارة إليه: فلو وكل أحد شخصين لم تصح الوكالة للجهالة، وأن يكون عالماً بموكله بوصف له أو شهرة.

شروط الموكل به

خمسة شروط ذكرها الحنفية في الموكل به وهي:

١- ألا يكون من الأمور المباحة: فلا يصح التوكيل بالاحتطاب والاحتشاش واستقاء الماء، واستخراج المعادن الجامدة أو السائلة. ويكون المأخوذ للوكيل، لا للموكل.

وأجاز الجمهور التوكيل في المباحات، ويقسم الشيء على قدر أجر كل منهم.

٢- أن يكون الموكل به مملوكاً للموكل: لأن ما لا يملكه لا يتصور تفويض التصرف به لغيره. وهذا شرط متفق عليه.

٣- أن يكون معلوماً لا يعظم الغرر فيه، وهذا متفق عليه أيضاً.

٤- ألا يكون الموكل فيه طلب قرض من الغير: وإلا كان القرض للوكيل. ولكن يصح بطريق الرسالة بأن يقول: أرسلني فلان ليستقرض كذا.

٥- أن يكون قابلاً للنيابة شرعاً: وهو الأمور المالية ونحوها. فلا تصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث، لأن المقصود منها الاختبار، بإتعاب النفس، وهو لا يحصل بالتوكيل. ولا يصح التوكيل باليمين، لأن المقصود منها إظهار صدق الحالف ومدى خشيته لله تعالى. ولا يصح التوكيل بالنكاح بمعنى الوطء، لأن المقصود به الإعفاف وإنجاب الأولاد، وهذا خاص بالفاعل.

وأجاز الجمهور الوكالة في العبادات المالية، كالزكاة، والكفارة، والنذر، والصدقة، والحج والعمرة عند العجز أو بعد الموت، وذبح الهدي، وجبران النقص في الإحرام بحج أو عمرة، وذبح الأضحية ونحوها، لأن المقصود بها إيصالها لأهلها.

ولم يجز المالكية التوكيل بالحج، لأن المقصود به تهذيب النفس، وتعظيم شعائر الله، وأما إنفاق المال فهو أمر طارئ.

أحكام الوكالة

للوكالة أحكام تتعلق بتصرفات الوكيل، وحقوق العقد، وحال المقبوض في يد الوكيل، أهو أمانة أم مضمون؟

أحكام تصرفات الوكيل

تختلف هذه الأحكام بحسب نوع الوكالة.

١- **أما الوكيل بالخصومة** (أو المحامي):

فيملك الإقرار على موكله أمام القضاء بغير الحدود والقصاص عند جمهور الحنفية. ولم يجز زفر وبقية المذاهب الإقرار على الموكل في الوكالة المطلقة، لتعارض ذلك مع معنى الوكالة بالخصومة كالإبراء.

ويملك أيضاً عند جمهور الحنفية قبض المال المقضي به، لأن توكيله يعني ائتمانه على قبضه، لكن الفتوى اليوم على قول زفر بعدم الجواز، لظهور الخيانة في الوكلاء.

ولم يجز بقية الفقهاء ذلك، لأن الأمانة شيء، والخصومة شيء آخر[(١)].

ولا يملك هذا الوكيل المصالحة عن الحق ولا الإبراء عنه، ولا التوكيل بالخصومة، لأن الموكل رضي بكفاءة ورأي هذا الوكيل لا غيره.

٢- **وأما الوكيل بتقاضي الدين**: ففي رأي المتأخرين من الحنفية لا يملك القبض عرفاً، لفساد أحوال الناس، وهو المفتى به عملاً بتعارف الناس. ولا يملك أن يوكل غيره، لتفاوت الناس في التقاضي.

٣- **والوكيل بقبض الدين**: يملك الخصومة عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين في

(١) الذخيرة للقرافي ٨/ ١٤

إثبات الدين، لأن الحقوق في مبادلة المال تتعلق بالعاقد كما في البيع والإجارة، والوكيل هنا هو العاقد، والتوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة (مبادلة ما في الذمة).

لكن الوكيل بقبض العين باتفاق الحنفية كالكتاب مثلاً لا يملك الخصومة، لأنه أمين محض حيث لا مبادلة هنا.

والوكيل بملازمة المدين لا يملك قبض الدين ولا الخصومة فيه.

والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض باتفاق الحنفية، لأن من ملك شيئاً ملك تمامه، وتمام الخصومة بالقبض.

والوكيل بطلب الشفعة أو بالرد بالعيب أو بالقسمة، يملك الخصومة بالاتفاق أيضاً، لما في هذه الأشياء من معنى المبادلة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الوكيل بقبض الدين أو العين يكون وكيلاً بالخصومة، فهم كالصاحبين في أحد الوجهين، لأن القبض لا يتم إلا به، وهو الظاهر أو الراجح.

والوكيل بالقبض لا يوكل غيره فيما وكل به، دون إذن موكله، وهو متفق عليه إلا إذا كانت الوكالة عامة عند الحنفية أو مطلقة، فله توكيل غيره.

وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكان الدين، لأنه معاوضة، والوكيل بالقبض ليس من صلاحيته إجراء المعاوضة.

٤- **والوكيل بالبيع**: يتقيد في التصرف بالقيد الذي قيده به الموكل، فإذا خالف قيده، لا ينفذ تصرفه على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير، لأنه محقق لمقصوده ضمناً.

فإن كان الوكيل مطلق التصرف، فيعمل بمقتضى الإطلاق في رأي أبي حنيفة، والمفتى به هو قول الصاحبين أنه لا يبيع إلا بالنقود الرائجة في البلد، وبمثل

القيمة، ولا يبيع إلا بالنقد لا بالنسيئة (التأجيل)، وبالمقدار الذي يتغابن فيه الناس عادة، وهو الغبن اليسير.

واليسير: كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين. والفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.

واتفق جمهور العلماء مع رأي الصاحبين.

والموكل ببيع شيء، فباع بعضه، جاز بيعه بالاتفاق كالمكيل والموزون. وكذا يجوز بيع بعضه إن كان في تبعيضه ضرر في رأي أبي حنيفة عملاً بإطلاق الوكالة، ولا يجوز له ذلك في رأي الصاحبين والمالكية والشافعية والحنابلة إلا بإجازة الموكل أو ببيع البعض الآخر، لأن التوكيل ينصرف إلى المتعارف.

أما **الوكيل بالشراء** فلا يجوز له بالاتفاق شراء البعض إلا بإجازة الموكل أو بشراء البعض الآخر، لتحقق التهمة في الشراء على عكس البيع، في رأي أبي حنيفة.

الإبراء من الثمن: وللوكيل بالبيع في رأي أبي حنيفة إبراء المشتري من الثمن، وتأخيره عنه، وأخذ عوض عنه أو المصالحة على شيء، أو الحوالة به على شخص آخر، ويكون الوكيل **ضامناً الثمن** للموكل في هذه التصرفات.

ولا يملك الوكيل شيئاً من ذلك في رأي الصاحبين وبقية الفقهاء، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن، كما قال الشافعية[١]، ولأنه تصرف في حق الموكل بغير إذنه، كما ذكر الصاحبان.

وليس للوكيل بالبيع اتفاقاً أن يوكل غيره دون إذن موكله، لاعتماد التوكيل على اعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة وغيرها، إلا إذا كان الموكل فيه مما لا يليق بمروءة الوكيل، أو كثيراً يحتاج لمساعدة غيره، أو يتطلب مهارة خاصة.

(١) المهذب ١/ ٣٥١، الذخيرة للقرافي ٨/ ٨

التصرفات المشبوهة: ليس للوكيل بالبيع أن يبيع لنفسه أو لأصوله وفروعه وزوجته في رأي أبي حنيفة، لأنه متهم في تصرفه. وأجاز الصاحبان له أن يبيع لنفسه بمثل القيمة، لأن التوكيل مطلق.

ولم يجز بقية الفقهاء أن يبيع الوكيل لنفسه وأولاده الصغار، وأجازوا له البيع لأصوله وفروعه البالغين المستقلين، ولزوجته، بمثل القيمة.

وإن وكل **رجلاً يتزوج له امرأة** فهل له يزوجه ابنته؟ للعلماء رأيان مثلما ذكر في البيع لنفسه وأولاده، رأي الأكثرين: لا يجوز، ورأي الصاحبين: يجوز[١].

٥- **الوكيل بالشراء**: الوكيل بالشراء إذا خالف أمر الموكل يكون عند الحنفية مشترياً، إلا إذا كان خلافاً إلى خير، فيلزم به الموكل اتفاقاً. أما الوكيل بالبيع فإنه - كما تقدم - إذا خالف أمر الموكل، يتوقف بيعه على إجازة الموكل. والفرق بينهما: أن الوكيل بالشراء متهم في جعل الشراء لنفسه، فينفذ عليه. وهذه التفرقة عند الحنفية والمالكية[٢].

والخلاف إلى خير متفق عليه بين الفقهاء، عملاً بقصة توكيل النبي ﷺ عروة البارقي أو حكيم بن حزام في شراء شاة، وأعطاه ديناراً، فاشترى به شاتين، ثم باع إحدى الشاتين بدينار، ورجع إلى النبي ﷺ بدينار وشاة[٣].

ويلزم الموكل بالشاتين عند الحنفية والمالكية، وكذا عند الشافعية والحنابلة إن ساوت كل واحدة منهما ديناراً، عملاً بقصة البارقي.

وإذا كانت **الوكالة مطلقة** يراعى فيها الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل على التقييد من عرف أو غيره، فيتقيد به.

---

(١) المغني ٥/ ١٠٩

(٢) الذخيرة ٨/ ١٥

(٣) توكيل البارقي رواه أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني. وتوكيل حكيم رواه أبو داود والترمذي.

وعلى هذا، ففي رأي أبي حنيفة لو اشترى شيئاً معيباً يلزم به الموكل، وعند الصاحبين وبرأيهما يفتى وعند بقية الفقهاء[١] يتقيد المشتري بالسلامة عن العيب بدلالة العرف، ويتقيد أيضاً بمثل القيمة، أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها، لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن الاحتراز عنها، ولتحقيق حاجة الناس إلى الوكالات. أما الزيادة الفاحشة أو الكثيرة فيمكن الاحتراز عنها.

وأما إذا كانت **الوكالة مقيدة**: فيراعى فيها القيد ما أمكن، سواء كان القيد في الثمن أو في الشيء المشترى أو الزمان أو السوق أو الشخص المتعامل معه، إلا إذا كان خلافاً إلى خير، فيلزم به الموكل.

وإذا اشترى بثمن حالّ، والتوكيل بالشراء مؤجلاً، لزم الشراء الوكيل، لأنه خالف قيد الموكل.

وإذا اشترى بعض الشيء، فإن كان في تبعيضه ضرر كالسيارة، لم يلزم الموكل به. أما إن لم يكن في تبعيضه ضرر، كالأرض الواسعة، فيلزم الموكل بالشراء اتفاقاً.

حقوق العقد

هي الأعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن، والرَّد بالخيار، وضمان ردّ الثمن إذا استحق المبيع مثلاً؟

وهذا يختلف عن حكم العقد وهو: الغرض الأصلي أو الغاية الجوهرية المقصودة بالعقد كثبوت ملكية المبيع للمشتري، واستحقاق الثمن للبائع، وحكم العقد يرجع إلى الموكل اتفاقاً.

أما حقوق العقد: فترجع اتفاقاً إلى الموكل إذا أضيف العقد إليه، فإن أضاف

---

(١) الذخيرة ٨/ ١١

الوكيل العقد إلى نفسه، فترجع إلى الوكيل في رأي الجمهور، فيلتزم بتسليم المبيع، ويقبض الثمن ويطالب به، ويخاصم في الرَّد بالعيب.

وذهب الحنابلة إلى أن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوكيل، لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبر عن العاقد الأصلي(١).

ولكن العقد الذي يحتاج فيه الوكيل إلى **إضافته إلى الموكل**، بأن يذكر اسمه في عبارته، ليدل على أنه يتصرف له، حقوقه ترجع إلى **الموكل** اتفاقاً، كالنكاح، والطلاق على مال، والخلع، والصلح عن دم العمد، والصلح عن إنكار المدعى عليه، ونحوها. ويكون الوكيل مجرد سفير ومعبر محض عن كلام الأصيل.

وكذلك **العقود العينية** التي لا تتم إلا بالقبض وهي الهبة والقرض، والإعارة والإيداع، والرهن، لا بد من إضافتها إلى الموكل، وترجع الحقوق إليه، وإلا وقع العقد للوكيل.

حال المقبوض في يد الوكيل

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعد أمانة كالوديعة، لأن يده يد نيابة عن الموكل، فالوكيل أمين في حق الموكل لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط (التقصير)(٢)، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه.

تعدد الوكلاء

فصل الحنفية في حكم تعدد الوكلاء، فرأوا أنه إذا كان التصرف مما يحتاج فيه إلى أخذ الرأي، فليس لأحد الوكلاء أن يتصرف فيما وكلوا به دون الآخرين.

وأما إذا كان التصرف مما لا يحتاج فيه لأخذ الرأي، فيملك أحد الوكيلين أن ينفرد بالتصرف دون الآخر، كالوكيلين بالطلاق بغير عوض، أو بردّ الوديعة، أو

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٤٦٧

(٢) الذخيرة ٨/ ١٥، مجمع الضمانات للبغدادي: ص ٢٥١، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٠، المغني ٥/ ٩٤

بقضاء الدين، فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به، لعدم الحاجة إلى تبادل الرأي، وإنما هو تعبير محض، وعبارة الواحد فأكثر سواء.

والوكيلان بالخصومة (المحاماة) أي المرافعة أمام القضاء، لكل واحد منهما أن يتصرف بانفراده عند جمهور الحنفية، لأن الاجتماع فيها في وقت واحد أمر متعذر. أما إعداد المذكرات للدفاع بها، فلا بد من الاجتماع على تحضيرها.

وذهب الجمهور: إلى أنه إذا تعدد الوكلاء، ليس لأحدهم الانفراد بالتصرف دون مشاورة الآخر، لأنه لم يرض بتصرف أحدهما دون الآخر، إلا إذا أذن لهما الموكل بإفراد التصرف، فيجوز لكل واحد منهما أن يستقل بالتصرف.

صفة عقد الوكالة

الوكالة إما بأجر أو بغير أجر.

فإن كانت **بغير أجر**: فهي اتفاقاً عقد جائز غير لازم بالنسبة للعاقدين، فلكل واحد منهما فسخها متى شاء حسبما يرى من المصلحة.

وإن **كانت بأجر**: فإن كانت على سبيل **الجعالة**، بأن لم يعين في العقد الزمن أو العمل، فهي غير لازمة أيضاً، إلا أن المالكية قالوا: تلزم الجاعل فقط بعد الشروع في العمل.

وإن كانت على سبيل **الإجارة** بأن عين الزمن والعمل كالبيّاع والسمسار، فهي لازمة في رأي الحنفية والمالكية، وغير لازمة في رأي الشافعية والحنابلة.

انتهاء الوكالة

تنتهي الوكالة في أحوال هي:

١- **عزل** الموكل وكيله: لأن الوكالة عقد غير لازم، فهي قابلة للفسخ، لكن يشترط لصحة العزل شرطان:

الأول - أن يعلم الوكيل بالعزل: إما بحضوره أو بالكتابة له أو بإرسال رسول إليه، أو بإخبار رجلين أو رجل واحد عدل، أو غير عدل وصدقه بالعزل. وأما قبل العلم بالعزل فتظل تصرفات الوكيل نافذة.

ولم يشترط الشافعية والحنابلة في الراجح هذا الشرط، لأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلا يحتاج إلى علمه كالطلاق.

وإذا عزل الوكيل نفسه، اشترط إخبار الموكل بالأمر اتفاقاً، صيانة لحق الموكل ومنعاً من التغرير به.

الثاني - ألا يتعلق بالوكالة حق للغير: فإن تعلق حق للغير بها، لم يصح العزل بغير رضا صاحب الحق، مثل وكيل المدين ببيع الرهن لسداد الدين عند حلول الأجل، لا يملك المدين عزل وكيله إلا برضا الدائن، لتعلق حقه بالوكالة وهو استيفاء دينه. ومثل وكيل الزوج بطلاق زوجته متى شاء، لا يملك الزوج الموكل الرجوع عن وكالته إلا برضا المرأة. ومثل الوكالة بالخصومة بطلب الدائن عند غيبة المدين كالسفر لبلاد بعيدة، يصبح الوكيل غير قابل للعزل، لأنه قام مقام المدين الغائب.

٢- **تصرف الموكل فيما وكل به**، كالتوكيل ببيع شيء، ثم يبيعه الموكل، فتنتهي الوكالة.

٣- **انتهاء الغرض من الوكالة**: وهو تمام تنفيذ التصرف الموكل فيه، لصيرورة العقد غير ذي موضوع.

٤- **خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية**: بموت أو جنون مطبق عند الجمهور خلافاً للشافعية، أو حجر عليه لسفه بالاتفاق. والإغماء كالجنون في رأي الشافعية.

والجنون المطبق في رأي أبي يوسف: ما استوعب شهراً، وفي رأي محمد: ما استوعب سنة.

٥- **لحاق المرتد مرتداً بدار الحرب**: في رأي أبي حنيفة؛ لأنه يصير حينئذ من أهل الحرب. وقال الصاحبان: لا تنتهي الوكالة بذلك. ولا بد من قضاء القاضي بلحاقه.

وذهب المالكية: إلى أن الوكيل ينعزل بردته أيام الاستتابة، وأما بعدها فإن قتل انعزل، وإن لم يقتل لمانع كحمل عند المرأة، تردد العلماء في عزله.

وينعزل الموكل بعد مضي أيام الاستتابة ولم يرجع ولم يقتل لمانع.

وقال الشافعية والحنابلة: لا تبطل الوكالة بردة الوكيل.

٦- عزل الوكيل نفسه.

٧- هلاك العين الموكل بالتصرف فيها.

٨- خروج الموكل فيه عن ملك الموكل.

٩- الإفلاس.

١٠- **الجُحود**: في رأي الحنفية والشافعية، خلافاً للحنابلة.

١١- **التعدي في وجه** عند الشافعية، والراجح عندهم وعند الحنابلة أنها لا تبطل بذلك.

١٢- **الفسق**: في رأي الشافعية والحنابلة فيما لا يصح مع الفسق كالإيجاب في عقد الزواج، دون القبول.

١٣- **الطلاق**: ينعزل الزوج عن وكالته لزوجته بالطلاق إذا طلقها، لأن الطلاق بيده.

١٤- **مضي الوقت المحدد للوكالة**: في رأي الجمهور، خلافاً للحنفية في الأصح.

❋ ❋ ❋

الكفالة

تعريفها ومشروعيتها وركنها، وشروطها، وأحكامها، وانتهاؤها، رجوع الكفيل على الأصيل.

تعريف الكفالة ومشروعيتها وركنها

الكفالة في اصطلاح الحنفية في الأصح هي: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً، أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس (الكفالة بالنفس أو بالوجه) أو بدين أو عين كمغصوب (الكفالة المالية) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل، خلافاً للحوالة، لأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل، صار الدين الواحد دينين، فالمختار كون الكفالة ضم في المطالبة لا في الدين.

وفي اصطلاح الجمهور بقية المذاهب هي: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتهما جميعاً، ولا مانع من ثبوت الدين في أكثر من ذمة، لأن الدين وصف اعتباري من الاعتبارات الشرعية، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين، إنما يمتنع في عين واحدة ويثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين. ولأن الدين لو ثبت في ذمة الكفيل، فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإن كلاً ضامن للقيمة، وليس حق للمالك إلا في قيمة واحدة، لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر، فكذا هنا في الكفالة.

ومقتضى كلام الحنفية أن تعريف الكفالة أعم، لشموله أنواع الكفالة، وهي: الكفالة بالنفس، وبالمال، وبالأعيان، وتسمى الأولى كفالة البدن وكفالة الوجه.

وثمرة الخلاف بين الاتجاهين: أنه إذا حلف الكفيل ألا دين عليه، فإنه يحنث على رأي الجمهور، ولا يحنث على رأي الحنفية.

والكفالة **مشروعة** لقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ١٢/ ٧٢] قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل. وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[١].

ركن الكفالة

وركن الكفالة في رأي أبي حنيفة ومحمد هو: الإيجاب من الكفيل والقبول من الدائن. وذهب أبو يوسف والجمهور إلى أن ركن الكفالة هو: الإيجاب وحده، وأما القبول فليس بركن. وعلى الرأي الأول يشترط رضا المكفول له، ولا يشترط ذلك على الرأي الثاني، ولا يشترط رضا المكفول عنه (المدين) بالاتفاق.

من أمثلتها في الكفالة بالنفس أن يقول الكفيل: تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بوجهه، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، أو ببدنه أو بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه، لأن «ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله».

وفي الكفالة بالمال أو بالأعيان: تكفلت أو ضمنت، أو أنا زعيم أو قبيل، أو حميل، أو هو إلي أو علي أو لك عندي أو لك قبلي، أو على أن أوافيك به، أو على أن ألقاك به، أو دعه إلي.

وإذا **علّق** الكفيل كفالته بالمال على عدم إحضار نفس المكفول، لزمه المال في رأي الحنفية[٢]، لأن هنا كفالتين: بالنفس وبالمال، إحداهما معلقة على الأخرى، وهو تعليق صحيح إذا أقرَّ المدين بالمدعى به، أو ثبت بالبينة، وقضى به القاضي.

وقال الشافعية: لا يضمن المال، وعبارتهم: الأصح أنه (الكفيل) لو شرط في

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وابن حبان وصححه، من رواية أبي أمامة الباهلي، وأنس بن مالك، وعبد الله بن عباس رضي عنهم.

(٢) فتح القدير ٥/ ٢٩٦

الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم (تسليم المكفول بنفسه) كقوله: كفلت بدنه بشرط الغُرم أو على أني أغرم. بطلت الكفالة، لأنه شرط ينافي مقتضاها، بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق.

والأصح عندهم أيضاً أن الكفالة بالنفس أو بالوجه لا تصح بغير رضا المكفول الذي يعتبر إذنه، أو الولي حيث لا يعتبر إذنه، بناء على أن الكفيل لا يغرم المال عند العجز، فلا فائدة لها إلا حضور المكفول، وهو لا يلزمه الحضور مع الكفيل حينئذ[1].

وذكر الشافعية أيضاً أن أركان ضمان المال خمسة: ضامن، ومضمون له، ومضمون عنه، ومضمون به، وصيغة. والمضمون به: يشمل الدين سواء كان مالاً أم عملاً في الذمة بالإجارة، ويشترط كونه ديناً ثابتاً، ويشمل العين المضمونة، فيصح ضمان ردّ كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه، كمغصوبة ومستعارة ومستامة ومبيع لم يقبض، كما يصح بالبدن، ويشمل البدن، فالمذهب صحة كفالة البدن في الجملة، أي في غير حدود الله تعالى، وهي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليها، لقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُۥ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ﴾ [يوسف: ١٢/٦٦].

والصيغة عندهم مشروطة في ضمان المال وكفالة البدن والعين، وهي الدالة على الرضا، وهي لفظ صريح أو كناية، يشعر بالتزام، كغيره من الحقوق[2].

ويصح عند الحنفية[3] تعليق الكفالة بشرط إذا كان الشرط ملائماً لمقتضى العقد مثل: إذا استحق المبيع فأنا كفيل، أو إذا قدم زيد (وكان هو المكفول عنه)، فأنا كفيل، أو إن غاب زيد عن البلدة فأنا كفيل، أي يصح التعليق بشرط متعارف،

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٠٥ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ٢/ ١٩٨، ٢٠٠، ٢٠٢، ٢٠٦

(٣) فتح القدير ٥/ ٤١٤، البدائع ٦/ ٤

ولا يصح بغير المتعارف، كقوله: إذا هبت الريح أو نزل المطر أو دخل زيد الدار. ويصح أيضاً عندهم إضافة الكفالة إلى وقت في المستقبل، مثل قول الكفيل: أنا كفيل ما يقرضه فلان لفلان، أو ما يستهلكه من ماله أو ما يغصبه منه أو ثمن ما يبايعه به.

والأصح عند الشافعية: أنه لا يجوز تعليق ضمان المال وكفالة النفس (أو البدن) بشرط، ولا توقيت الكفالة مثل: أنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء، ولو نجَّزها (أي الكفالة بالبدن) وشرط تأخير الإحضار شهراً، جاز (أي الإحضار بمعلوم) والأصح أنه **يصح ضمان الحالّ مؤجلاً** أجلاً معلوماً، وأنه يصح ضمان المؤجل حالاً، لأنه تبرع بالتزام التعجيل، والأصح أنه لا يلزمه التعجيل، كما لو التزمه الأصيل[١].

شروط الكفالة

تشترط شرعاً شروط في الكفيل (الملتزم بالمطالبة) والمدين (المكفول عنه أو الأصيل) و المكفول له (الدائن) ومحل الكفالة، وهو: المال أو النفس المكفولة (وهو المكفول به).

شروط الكفيل

يشترط فيه عند الحنفية وغيرهم شرطان:

١- **أهلية العقل والبلوغ**: فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون والمحجور عليه بسفه، لأن الكفالة عقد تبرع بالتزام مال، فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع، لعدم رشدهم.

٢- **الحرية**: فلا تجوز كفالة العبد، لأنها تبرع، والعبد لا يملك التبرع دون إذن

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٠٧

سيده. وهو شرط نفاذ للتصرف عند الحنفية، فتنعقد الكفالة، حتى إن العبد يطالب بموجبها بعد عتقه.

شروط الأصيل المكفول عنه أو المدين

يشترط فيه شرطان أيضاً:

١- أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه: وهذا شرط عند أبي حنيفة رحمه الله، فلا تصح الكفالة عنده بالدين عن ميت مفلس مات، ولم يترك وفاء لدينه، لأنه دين ساقط، فلم يصح ضمانه، كما لو سقط بالإبراء، ولأن ذمة الميت قد زالت بالموت، فلم يبق فيها دين، والضمان: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة.

وذهب الصاحبان والجمهور إلى أنه يصح ضمان الدين عن الميت المفلس لقصة ضمان أبي قتادة ديناً عن ميت، جاء في صحيح البخاري وغيره: «أن النبي ﷺ أُتي بجنازة رجل ليصلي عليه، فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم، ديناران، فقال: صلّوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه النبي ﷺ»[1]. ولثبوت الدين في ذمة الميت، سواء ترك وفاء لدينه أم لا.

٢- أن يكون الأصيل معروفاً عند الكفيل: فإذا قال الكفيل: كفلت ما على أحد من الناس، لا تصح الكفالة، لأن الناس لم يتعارفوا ذلك.

وذهب الشافعية في الأصح والحنابلة: إلى أنه لا يشترط معرفة المكفول عنه، قياساً على رضاه، فإنه ليس بشرط اتفاقاً.

---

(١) أخرجه أحمد والبخاري والنَّسائي وابن حبان عن سلمة بن الأكوع. لكن ما يتعلق بامتناع النبي عليه الصلاة والسلام عن الصلاة على مديون نسخ في آخر الأمر حيث التزم النبي ﷺ أداء الديون عمن مات إن لم يترك وفاء في حديث جابر عند أحمد وأبي داود والنَّسائي: «أنا أولى بكل مؤمن في نفسه، فمن ترك ديناً فعلي، ومن ترك مالاً فلورثته».

شروط المكفول له

يشترط فيه ثلاثة شروط في رأي الحنفية:

١- أن يكون معلوماً: فلو كفل إنسان لواحد من الناس، فلا تجوز، لأن جهالة المكفول له تمنع تحقق المقصود من الكفالة وهو التوثق. وهذا موافق لرأي الشافعية في الأصح، لأن الدائنين يتفاوتون عادة في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً.

وأجاز المالكية والحنابلة الضمان مع جهالة المكفول له، لقوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ١٢/ ٧٢]، فقد تكفل المنادي بحمل بعير عن يوسف عليه السلام، لمن جاء بالصواع، وهذا مجهول، ويظهر أن هذا هو الراجح، وهو المناسب للواقع.

٢- أن يكون حاضراً في المجلس: وهو شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يكن عن المكفول له نائب، يقبل الكفالة في المجلس، فلا تجوز الكفالة عن الغائب؛ لأن في الكفالة معنى التمليك، وهو لا يحصل إلا بالإيجاب والقبول، فلا بد من توافره لإتمام صيغة العقد.

وأجاز أبو يوسف والجمهور الكفالة عن الغائب، لأن الكفالة عندهم تنعقد بالإيجاب وحده.

٣- أن يكون المكفول عاقلاً (مميزاً): وهذا في رأي أبي حنيفة ومحمد متفرع عن الشرط السابق، فلا يصح قبول المجنون والصبي غير المميز، لأنهما ليسا أهلاً لصدور القبول عنهما باعتباره ركناً في العقد.

شروط المكفول به

يشترط فيه ثلاثة شروط وهي:

١- أن يكون مضموناً على الأصيل: سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً،

إذا كانت العين مضمونة بنفسها كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء، فلا تجوز الكفالة بعين هي أمانة.

والمراد بالفعل المكفول به هو: فعل التسليم، كالكفالة بتسليم المبيع والرهن.

وتصح الكفالة بالنفس عند الكل.

وعبارة الحنفية: لا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله. معناه لا يجبر عليها عنده، وقال الصاحبان: يجبر في حدّ القذف لأن فيه حق العبد، وفي القصاص لأنه خالص حق العبد، فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى، ودليل أبي حنيفة: «لا كفالة في حدّ»(١).

ومشروعية الكفالة بالنفس لقوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦/١٢]، وللحديث السابق: «الزعيم غارم».

أما الكفالة بالدَّرَك: وهي ضمان ما يدرك المبيع أو الثمن إذا خرج أحدهما مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً، فهي جائزة بالإجماع، وكفى به حجة(٢).

وكيفية ضمان الدَّرَك بالثمن: أن يقول البائع للمشتري: ضمنت لك عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه. ويجري ذلك في المبيع أيضاً فيضمنه المشتري للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو أخذ بشفعة سابقة، أو معيباً، أو ناقصاً إما لرداءته أو لسبب آخر.

ولا يدخل ضمان درك المبيع تحت **ضمان العهدة** بأن يقول: ضمنت لك عهدة أو درك الثمن أو المبيع، من غير ذكر استحقاق أو غيره مما ذكر. ويصح ضمان

---

(١) رواه البيهقي، وابن عدي في الكامل، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، لكن فيه عمر الكلاعي، وهو مجهول.

(٢) فتح القدير ٤٠٣/٥، مغني المحتاج ٢٠١/٢

العهدة للمستأجر، وعهدة المسلم فيه بعد أدائه للمسلم إن استحق رأس المال المعين. ولا يصح ضمان رأس المال للمسلم إن خرج المسلم فيه مستحقاً، لأنه في الذمة، ولا استحقاق فيه يتصور.

٢- أن يكون مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً: وذلك في الأموال، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص، لتعذر الاستيفاء من الكفيل في رأي الجمهور، للحديث السابق: «لا كفالة في حد» ولأن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الدرء والإسقاط بالشبهات، فلا يلائمها الاستيثاق، ولأن الحق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، والحد عقوبة لا تجري فيها النيابة.

والمذهب عند الشافعية: أنه لا تجوز كفالة النفس (أو البدن) في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الخمر والزنا والسرقة، لأنه يسعى في دفعها ما أمكن. وتجوز كفالة تسليم النفس في الحدود الخالصة للآدمي كقصاص وحدّ قذف وتعزير، لأنها حق لآدمي، فصحت الكفالة، كسائر حقوق الآدميين المالية. وهذا هو رأي الصاحبين كما تقدم.

٣- أن يكون الدين لازماً صحيحاً: وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء. وهذا الشرط خاص بالكفالة بالمال. فلا تصح الكفالة بما لم يكن ديناً ثابتاً حال العقد، كنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها عند الحنفية، لأنها لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا. ولا يصح ضمان ما لم يجب عند الشافعية كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها، وضمان ما سيقرضه لفلان، لأن الضمان وثيقة بالحق، فلا يسبقه كالشهادة، فيصح بنفقة اليوم للزوجة وما قبله، لثبوته، لا بنفقة القريب للمستقبل.

ولا تصح الكفالة بما لم يكن ديناً لازماً غير مستقر، كنجوم (أقساط) الكتابة مع العبد، لأن للمكاتب إسقاطها بالفسخ، فلا معنى للتوثق عليه.

وأجاز الجمهور كون الدين المكفول به معلوم القدر والصفة والعين، أو **مجهولاً**، مثل تكفلت عنه بما لك عليه أو **بما يدركك** في هذا البيع من الضمان، لأن الكفالة مبنية على التوسع، فيحتمل فيها الجهالة، وقد أجمع الفقهاء - كما تقدم - على صحة ضمان الدَّرَك، لحاجة الناس إليه.

وأجاز الحنفية أن يقول إنسان لغيره: **اسلك هذا الطريق**، فإن أخذ مالك فأنا ضامن، فأخذ ماله، صح الضمان، والمضمون عنه مجهول. أو يقول له: لو غصب مالك فلان أو واحد من هؤلاء القوم، فأنا ضامن، صح الضمان.

ومذهب الشافعي الجديد: أنه ينبغي كون الدين المضمون به **معلوماً** جنساً وقدراً وصفةً وعيناً، لأن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع، فلا يصح الضمان بمجهول أو بغير معين، كأحد الدينين إلا ضمان الدرك للحاجة. والظاهر رأي الجمهور.

أحكام الكفالة

الأول - ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل: ففي الكفالة بالدين: للدائن مطالبة الكفيل بما على الأصيل بالدين كله. وفي الكفالة بالنفس: يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً. وإن كان غائباً يؤخر الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضره في المدة، ولم يظهر عجزه، للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له، فإن عجز أطلقه القاضي من الحبس إلى حين القدرة على إحضاره، لأنه بمنزلة المفلس بالنسبة للدين، وإذا أطلقه القاضي، فللدائنين الغرماء أن يلازموه، في رأي الحنفية. وعند الشافعية: يحبس إلى أن يتعذر إحضار المكفول بموت أو جهل بموضعه أو إقامة عند شخص يمنعه من إمكان الوصول إليه.

وفي الكفالة بالعين، يطالب الكفيل بتسليم العين إن كانت قائمة، وبمثلها أو قيمتها إن كانت هالكة.

ولا يترتب عند أكثر الفقهاء على الكفالة **براءة الأصيل**، فيظل الحق للدائن في مطالبته بوفاء الدين، عملاً بالحديث: «نفس المؤمن معلَّقة بدينه حتى يقضى عنه»[١]. وهذا هو الراجح، لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة، أو في حق أصل الدين، كما تقدم في توصيفها.

الثاني - ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل بالدين إذا كانت الكفالة بأمره، في جميع أنواع الكفالات. أما إذا كانت الكفالة بغير أمر الأصيل، فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم، ولا حق الحبس إذا حبس.

انتهاء الكفالة

تنتهي كل كفالة بحسب نوعها:

فإذا كانت **الكفالة بالمال** فتنتهي بأحد أمرين:

الأول - أداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء: سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل، لتحقق المقصود من الكفالة.

ومنه **هبة** الدائن المال إلى الكفيل أو إلى الأصيل، لأن الهبة بمنزلة الأداء. ومثلها **التصدق** بالدين على الكفيل أو على الأصيل. ومثله **إذا مات الدائن وورثه** الكفيل أو الأصيل، لأنه بالميراث يملك ما في ذمته.

الثاني - الإبراء وما هو في معناه، لكن إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل، لأن الأصيل أصل والكفيل تبع، والدين على الأصيل لا على الكفيل، فكان إبراء الأصيل إسقاطاً للدين عن ذمته، لأنه إذا سقط الأصيل سقط الفرع. خلافاً للعكس، فإنه إذا سقط الفرع لا يسقط الأصل.

وبالحوالة أيضاً تنتهي الكفالة، فإذا أحال الكفيل أو المدين الدائن بمال الكفالة على رجل، وقبل المحال، فتنتهي الكفالة، لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً.

---

(١) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وتنتهي أيضاً **بالصلح**: بأن يصالح الكفيل الدائن على بعض المدعى به، ويقول الكفيل على أني والأصيل بريئان من الباقي، أو يقول: «صالحتك على كذا» مطلقاً عن شرط البراءة.

ويبرأ الكفيل وحده إذا قال: «على أني بريء من الباقي».

وتنتهي الكفالة بالنفس بثلاثة أمور:

الأول - تسليم النفس إلى المطالب بها في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي، بأن يسلمه في البلد أو في السوق، لا في الصحراء أو البرية.

الثاني - الإبراء: بأن يبرئ صاحب الحق الكفيل من الكفالة بالنفس، لأنه إذا سقط حق المطالبة بتسليم النفس بالإبراء، انتهى الحق ضرورة، ويبرأ الكفيل فقط. أما إذا أبرأ الأصيل فيبرأ الاثنان جميعاً.

الثالث - موت المكفول بنفسه: لأنه بموته يعجز الكفيل عن إحضاره، فيسقط الإحضار عن الكفيل.

وتنتهي الكفالة أيضاً بموت الكفيل، لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه، ولا يصلح ماله لتنفيذ هذا الواجب، بخلاف الكفيل بالمال.

وتنتهي **الكفالة بالأعيان المضمونة** بأحد أمرين:

أحدهما - تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة.

الثاني - الإبراء أي إبراء الكفيل أو الأصيل من الكفالة، فيبرآن بإبراء الأصيل، ويبرأ الكفيل وحده بإبرائه دون الأصيل.

رجوع الكفيل على الأصيل

يرجع الكفيل على الأصيل بشروط أربعة:

١- أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه، أي بإذنه.

٢- أن تكون الكفالة بإذن صحيح: فلا يعتبر إذن الصبي المحجور عن التصرفات.

٣- إضافة الضمان إلى الأصيل: بأن يقول المدين للكفيل: اضمن عني، لأنه إذا لم يضف الضمان إليه، فلا يتحقق معنى **الإقراض** الذي تقوم عليه العلاقة بين الكفيل والأصيل.

٤- ألا يكون للأصيل على الكفيل دين مثل الدين الذي أداه الكفيل: لأنه إذا أدى الدين، لأنه إذا أدى الدين، حصلت مقاصة بينهما.

ويرجع الكفيل على الأصيل عند الحنفية بما ضمن، لا بما أداه، لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل، فيرجع بما تمت الكفالة عليه. وهذا بخلاف الوكيل بقضاء الدين، فإنه يرجع على الموكل بما أدى لا بالدين، لأنه بالأداء ما ملك الدين، بل أقرض ما أداه الموكل، فيرجع عليه بما أقرضه.

وذهب المالكية، والشافعية في الأصح: إلى أنه يرجع الكفيل بما غرم، أي بما أدى فعلاً، لأنه هو الشيء الذي بذله.

وارتأى الحنابلة أنه يرجع الكفيل على الأصيل بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل هو الدين، فالزائد لم يكن واجباً، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم، فيصيرون كالمالكية والشافعية.

ووقت رجوع الكفيل على الأصيل: هو بعد أن يؤديه عنه، لأنه لا يملكه قبل الأداء، بخلاف الوكيل بالشراء، يرجع قبل الأداء، لأنه بمنزلة البائع.

❊ ❊ ❊

الحوالة

تعريفها ومشروعيتها وركنها، وشروطها ونوعاها، وأحكامها، وحالات انتهائها، ورجوع المحال عليه على المحيل.

تعريف الحوالة ومشروعيتها

الحوالة **لغة**: الانتقال، **واصطلاحاً** في رأي الحنفية: نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم. أما الكفالة: فهي ضم في المطالبة لا نقل. والصحيح عند الحنفية: أن الدين ينتقل ويبرأ المحيل.

ويتحول الدين من ذمة الأصيل (المحيل) إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق.

وهي مشروعة لقوله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتْبَع»[(١)] وفي رواية: «ومن أحيل..» أو: «فإذا أحيل» «فليحتل» أي فليقبل الحوالة.

وركنها عند الحنفية: الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال والمحال عليه، بألفاظ مخصوصة هي صيغة الحوالة.

ولا بد من رضا المحال عند الأكثرين؛ لأن الدين حقه، ويكفي رضا المحيل فقد عند الحنابلة، وشرط القدوري الحنفي رضا المحيل أيضاً وهو المختار، واكتفى المالكية والشافعية برضا المحيل والمحال فقط. ولا يشترط بالاتفاق رضا المحال عليه، لأن الموضوع مجرد تفويض بالقبض.

وللحوالة عند الجمهور ستة أركان وهي: المحيل (المدين) والمحال (أو المحتال أو الحويل وهو الدائن) والمحال عليه (أو المحتال عليه وهو ملتزم الأداء للمحال) والمحال به (أو المحتال به وهو الدين ذاته).

---

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) وابن أبي شيبة والطبراني في معجمه الأوسط عن أبي هريرة رضي الله عنه. والأكثرون على تخفيف «فليتبع» وعند بعضهم بالتشديد، والأول أجود.

شروط الحوالة

تشترط شروط في العناصر الأربعة للحوالة وهي: المحيل، والمحال، والمحال عليه، والمحال به.

شروط المحيل

يشترط في المحيل شرطان:

١- كونه أهلاً للعقد: بأن يكون عاقلاً بالغاً: فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل (غير المميز) وتتوقف حوالة المميز على إجازة وليه، فيكون البلوغ عند الحنفية شرط نفاذ، لا شرط انعقاد.

٢- رضا المحيل: فإذا كان مكرهاً على الحوالة لا تصح، لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات، وهو شرط متفق عليه، ما عدا البعض القليل.

شروط المحال

يشترط فيه ثلاثة شروط وهي:

١- أن يكون أهلاً للعقد، كما شرط في المحيل.

٢- أن يكون راضياً: وهو متفق عليه عند الأكثر ما عدا الحنابلة، فلا تصح الحوالة إذا كان المحال مكرهاً.

٣- أن يتم قبوله في مجلس الحوالة: وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، فلو كان المحال غائباً عن المجلس، فبلغه الخبر، فأجاز، لا ينفذ عندهما، وهو الصحيح عند الحنفية، لأن قبوله ركن. وعند أبي يوسف: هذا شرط نفاذ.

شروط المحال عليه

تشترط فيه ثلاثة شروط أيضاً وهي:

١- أن يكون أهلاً للعقد: كما هو الشرط في المحيل والمحال.

٢- الرضا: فلو أكره المحال على قبول الحوالة، لم يصح العقد. وهذا شرط عند الحنفية فقط، دون بقية الفقهاء.

٣- أن يتم قبوله في مجلس الحوالة: وهو كما اشترط في المحال شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد.

شروط المحال به

يشترط فيه شرطان:

١- أن يكون ديناً: أي ديناً للمحال عليه على المحيل، فإن لم يكن هناك دين، فيكون العقد وكالة لا حوالة. فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة، لأنها لا تثبت في الذمة.

٢- أن يكون الدين لازماً: فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة، لأن السيد لا يجب له على عبده دين.

ولا تصح الحوالة إذا كان دين المحيل في ذمة المحال عليه غير لازم، كدين صبي وسفيه (مبذر) بغير إذن وليه، لعدم لزوم هذا الدين عليهما، وإمكان الولي إسقاط الدين عنهما. ومثل ذلك سلعة مبيعة بالخيار قبل لزوم العقد.

نوعا الحوالة

الحوالة عند الحنفية نوعان: مطلقة ومقيدة:

المطلقة: أي يحيل شخص غيره بالدين على فلان، ولا يقيده بالدين الذي عليه، ويقبل المحال عليه. ولم يجزها غير الحنفية. وتعد هذه الحوالة عند بقية المذاهب السنية كفالة محضة، وتحتاج لرضا الدائن والمدين والمحال عليه.

والمقيدة: أن يحيله ويقيده بالدين الذي له عليه، وهي جائزة اتفاقاً.

وإطلاق الحديث السابق: «من أحيل على مليء فَلْيَتْبَعْ» يشمل كلا النوعين.

والحوالة المطلقة **هي حوالة دين** فقط، حيث يحيل بها المدين دائنه على آخر، فيتبدل فيها المدين، ويبقى الدائن هو نفسه.

والحوالة المقيدة تتضمن حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد. وحوالة الحق هي: نقل الحق من دائن إلى دائن، أو حلول دائن محل دائن بالنسبة إلى المدين، فإذا تبدل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة، لا بعين كسلعة، كانت الحوالة حوالة حق، والدائن فيها هو المحيل، لأنه يحيل غيره ليستوفي حقه.

وحوالة الحق جائزة في الفقه الإسلامي كالقانون المدني، لأنها تدخل في مظلة الحوالة المقيدة المشروعة باتفاق المذاهب الأربعة، والمتضمنة كلاً من حوالة الحق وحوالة الدين معاً.

ومن أمثلة حوالة الحق: أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن، ويحيل المرتهن على الراهن بالدين، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر.. إلخ.

أحكام الحوالة

يترتب على الحوالة الأحكام الآتية:

١- براءة المحيل: يبرأ المحيل من الدين بقبول المحال الحوالة عند الجمهور، ومنهم المذاهب الأربعة.

٢- ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بالدين المحال به في ذمته، لأن الحوالة تنقل الدين والمطالبة معاً.

٣- ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال: فكلما لازمه المحال، له أن يلازم المحيل ليتخلص من ملازمة المحال، وإذا حبسه، له أن يحبسه، إذا كانت الحوالة بأمر المحيل، ولم يكن على المحال عليه دين يماثله للمحيل، أي إن الحوالة مطلقة.

وإذا كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو لم يكن للمحيل دين على المحال عليه، أي إن الحوالة مقيدة، فلا يثبت للمحال عليه حق الملازمة ولا حق الحبس.

انتهاء الحوالة

تنتهي الحوالة في الحالات الآتية:

١- **فسخ الحوالة**: فيعود الحق للمحال في مطالبة المحيل، والفسخ: إنهاء العقد قبل بلوغ غايته.

٢- **أن يتوى[1] حق المحال بموت أو إفلاس أو غيره**: وهذا عند الحنفية، لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه: «إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل».

والتوى عند أبي حنيفة يكون: إما بموت المحال عليه مفلساً، أو أن يجحد الحوالة، وأضاف الصاحبان حالة ثالثة وهي: أن يفلس المحال عليه حال حياته، ويقضي القاضي بإفلاسه. وإذا تحقق التوى، رجع صاحب الدين (المحال) على المحيل.

وذهب الجمهور: إلى أنه إذا تمت الحوالة، وانتقل الحق، ورضي المحال، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً، أيّاً كان السبب.

٣- أداء المحال عليه المال إلى المحال.

٤- أن يموت المحال ويرث المحال عليه مال الحوالة.

٥- أن يهب المحال المال للمحال عليه، ويقبل الحوالة.

٦- أن يتصدق المحال على المحال عليه.

---

(١) التوى لغة: الهلاك، واصطلاحاً هو: تعذر تحصيل الدين بسبب لا دخل للمحال فيه، كإفلاس المحال عليه مثلاً.

٧- أن يبرئ المحال المحال عليه.

رجوع المحال عليه على المحيل

يرجع المحال عليه على المحيل في الحالات السابقة بشروط:

١- أن تكون الحوالة بأمر المحيل.

٢- أداء مال الحوالة أو ما في معنى الأداء من هبة وصدقة وكذلك إذا ورث المحالُ عليه المحالَ.

٣- ألا يكون للمحيل على المحال عليه دين مماثل للدين المحال به، وإلا وقعت المقاصة بينهما.

والذي يرجع به المحال عليه على المحيل: هو بالمحال به، لا بالمؤدى كالكفيل.

❊ ❊ ❊

الرَّهن

تعريفه ومشروعيته، وركنه، وشروطه، وأحكامه، نفقته، والانتفاع به، والتصرف به، وضمانه، وتسليمه، ونماؤه، زيادة الرهن أو الدين، وانتهاؤه.

تعريف الرهن ومشروعيته

الرهن **لغة**: الثبوت والدوام، يقال: حالة راهنة، أي ثابتة، أو الحبس واللزوم، كما في قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٧٤/ ٣٨].

وفقهاً هو: حبس شيء بحق، يمكن استيفاؤه منه. أو هو عقد وثيقة بمال.

والرهن من عقود التبرع ولا يجب شرعاً، ومن العقود العينية وهي: الرهن، والهبة، والإعارة، والإيداع، والقرض. وهي التي تعتبر تامة الالتزام إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها.

وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٣]. ولا يتقيد الأمر بالسفر، فهو أحد المسوغات وخرج مخرج الغالب، فيشمل حال الإقامة أيضاً، ويجوز في الحضر والسفر، لإطلاق مشروعيته في السنة النبوية، في أحاديث منها:

- «أن رسول الله ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل، ورهنه درعاً من حديد»(١).

- وقال النبي ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدّر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»(٢).

---

(١) أخرجه الشيخان من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه الجماعة إلا مسلماً والنَّسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه.

- وقال أيضاً: «لا يَغْلَق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمه، وعليه غُرْمه»[١]، وغلق الرهن: استحقاق المرتهن له.

ركن الرهن

ركنه عند الحنفية: الإيجاب والقبول بين الراهن والمرتهن، كسائر العقود، ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض، أي قبض المرتهن المرهون.

وله عند الجمهور أركان أربعة: صيغة (إيجاب وقبول) وعاقد (راهن ومرتهن) ومرهون، ومرهون به.

شروط الرهن

للرهن شروط انعقاد، وشروط صحة، وشروط لزوم وهو القبض.

شروط الانعقاد

يشترط شرط في العاقدين وشرط في الصيغة.

شرط العاقدين - الأهلية

الأهلية عند الحنفية والمالكية هي: أهلية البيع، فكل من يصح بيعه يصح رهنه، لأن الرهن تصرف مالي كالبيع، فيراعى في عاقديه ما يراعى في عاقدي البيع، وهو العقل (أو التمييز) فلا ينعقد من المجنون أو الصبي غير المميز.

ولا يشترط البلوغ، فينعقد الرهن من الصبي المأذون له في التجارة، لأن ذلك من توابع التجارة، ويصح رهن الصبي المميز والسفيه موقوفاً على إجازة وليه.

والأهلية عند الشافعية والحنابلة هي: أهلية البيع والتبرع، فلا يصح إلا من بالغ عاقل رشيد، فلا يصح من الصبي والسفيه والمفلس، ولا من مستكره، ولا يصح من ولي (أب أو جد أو وصي أو حاكم) إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة للقاصر.

---

(١) أخرجه الشافعي والدارقطني، وقال: هذا إسناد حسن متصل.

مثال الضرورة: أن يرهن على ما يقترضه للقاصر لحاجة الاقتيات، أو وفاء دين، أو يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة نهب ونحوه.

ومثال المصلحة الظاهرة للقاصر: أن يرهن ما يساوي مئة على ثمن ما اشتراه بمئة مؤجلة، وهو يساوي مئتين في الحال، أو يرتهن على ثمن ما يبيعه مؤجلاً لمصلحة ظاهرة.

شرط صيغة الرهن

هو ألّا يكون معلقاً على شرط ولا مضافاً إلى زمن في المستقبل، كما هو مقرر في البيع، فلا ينعقد.

وإذا اقترن الرهن بالشرط الفاسد أو الباطل، صح الرهن وبطل الشرط، على الراجح عند الحنفية، لأن الرهن ليس من عقود المعاوضات المالية.

شروط الصحة

تشترط شروط لصحة الرهن في المرهون به وفي المال المرهون.

شروط المرهون به

١- **أن يكون حقاً واجب التسليم إلى صاحبه**: وإلّا يقابل برهن يوثقه. والحق يشمل الدين والعين الواجبة التسليم.

ولا فرق بين أن يكون سبب الدين قرضاً أو بيعاً، إتلافاً أو غصباً، لأن الديون واجبة الوفاء.

والعين الواجبة التسليم هي: المضمونة بنفسها كالمغصوب في يد الغاصب، والمقبوض على سوم الشراء، والمهر في يد الزوج، وبدل الخلع في يد الزوجة، وبدل الصلح عن دم العمد، يجوز الرهن بها.

وكذلك العين المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض، فإنه مضمون بغيره، وهو الثمن، يصح الرهن به في ظاهر الرواية.

ولا يجوز الرهن في العين التي هي أمانة بالاتفاق، كالوديعة، والعارية عند الحنفية، والمأجور، ومال الشركة والمضاربة، لأن قبض المرهون مضمون، فلا بد من مقابلته بمضمون، ليصبح القبض موصلاً إلى الاستيفاء.

هذا.. وقد أجاز الحنفية والمالكية الرهن بالدين الموعود به الذي سيتم إقراضه في المستقبل، استحساناً لحاجة الناس إليه، ولا يصح ذلك عند الشافعية والحنابلة، لأنه ليس بحق ثابت في الذمة عند إبرام عقد الرهن.

ولا يصح **الرهن بالدَّرَك** أي بما يدرك المبيع من استحقاق أو يدرك الثمن من عيب أو نقص، لأن الرهن به رهن بما لا يجب فيه التسليم حالاً، وإنما احتمالاً في المستقبل.

ولكن كما تقدم تجوز الكفالة بالدَّرَك، لأن الكفالة التزام وضمان المطالبة، ويصح التزام الأفعال وضمانها في المستقبل، كالنذور.

٢- **أن يمكن استيفاء الدين من المرهون به**: بأن يكون سبب الرهن مالاً مشروعاً، فإن لم يمكن الاستيفاء منه، لم يصح الرهن.

فلا يصح الرهن بالقصاص بالنفس أو ما دونها، وبالكفالة بالنفس، ولا بالشفعة، ولا بالأجرة على فعل محرَّم كأجر النائحة أو المغنية أو الراقصة، ولا المنفعة الثابتة في الذِّمة التي يلتزم بها الأجير المشترك، لتعذر استيفاء المنفعة منها.

٣- **أن يكون الحق المرهون به معلوماً**: فلا يصح الرهن بحق مجهول كأحد دينين دون تعيينه.

شروط المال المرهون

المال المرهون: مال حبس لدى المرتهن لاستيفاء الحق الذي رهن به، ويشترط فيه **ما يشترط في المبيع**، حتى يمكن بيعه لاستيفاء الدين منه.

وشروط المرهون عند الحنفية: أن يكون مالاً، متقوماً، معلوماً، قابلاً للبيع

بأن يكون موجوداً وقت العقد، مقدور التسليم، مملوكاً للراهن، وأن يكون مفرغاً غير مشغول بحق الراهن، مجوزاً منفصلاً لا متصلاً بغيره، متميزاً غير مشاع.

فلا يصح رهن ما ليس بمال كالميتة، ولا رهن المنفعة عند الجمهور غير المالكية، كرهن سكنى داره شهراً أو أكثر، لأن المنفعة ليست بمال عند الحنفية، وغير مقدورة التسليم عند غير الحنفية.

ولا يصح رهن غير المتقوم وهو: ما لا يباح الانتفاع به شرعاً كالخمر والخنزير، ولا رهن المجهول كأحد منزلين، ولا ما ليس بموجود عند العقد، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم، كرهن ما يثمر شجره هذا العام أو ما تلد أغنامه هذه السنة، ولا رهن الثمر أو الزرع الأخضر قبل بدو صلاحه، وهو رأي الجمهور. وأجاز الحنابلة في الأصح رهن ما يحتمل وجوده، لأنه إذا تلف المرهون، عاد الحق إلى ذمة الراهن، وإذا لم يتلف المرهون، تحققت منفعة المرتهن، فيباع متى حل أجل وفاء الحق.

ولا ينفذ عند الحنفية والمالكية رهن مال الغير، ولا يصح هذا الرهن عند الشافعية والحنابلة.

وانفرد الحنفية عملاً بالشروط الثلاثة الأخيرة بأنه لا يصح رهن المشغول بحق الراهن كرهن الأرض المشغولة بالزرع دون الزرع، ولا يجوز رهن الثمر على شجر دون الشجر، والزرع في الأرض دون الأرض لتعذر حيازة الثمر أو الزرع دون الشجر أو الأرض، ولا يصح رهن المشاع كنصف دار ولو من الشريك، لتعذر القبض في هذه الأمثلة المتفرعة عن هذه الشروط الثلاثة.

شرط تمام الرهن (القبض)

القبض اتفاقاً شرط في الرهن، لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٣].

لكن قال الجمهور: القبض شرط للزوم الرهن، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض، ويجوز الرجوع عنه قبل القبض، للآية الكريمة: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ فلو لزم الرهن من غير قبض، لم يكن للتقييد به فائدة.

وذهب المالكية إلى أن القبض شرط لتمام الرهن، أي لكمال فائدته، وإنما يلزم الرهن بالعقد، لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١].

كيفية القبض

يكون قبض العقار إما بالتسليم الفعلي وإما بالتخلية، أي رفع المانع من القبض. وقبض المنقول يكون بالتخلية على الراجح، فهي تعتبر إقباضاً عرفاً وشرعاً.

والرهن الرسمي اليوم في العقار بتسجيل إشارة الرهن في صحيفة محضر العقار لدى الدوائر العقارية الحكومية، يكون رهناً معتبراً، لأنه يحقق مصلحة الدائن المرتهن، بعرقلة التصرف في العقار حتى يستوفي حقه.

شروط القبض

يشترط لصحة القبض كونه بإذن الراهن، وكون العاقدين أهلاً للعقد، بأن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً رشيداً: غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه أو إفلاس، وأن يستديم القبض في رأي الجمهور. فلا يصح القبض من غير إذن الراهن صراحة أو دلالة (ضمناً)، ولا يصح الرهن من قاصر أو عديم الأهلية، أو غير رشيد، لأن القبض هو المولِّد لآثار الرهن، فوجب فيه ما يجب للعقد. وأجاز الحنفية والمالكية الرهن والارتهان من الصبي المأذون له بالتجارة، لأن الرهن من توابع التجارة، فيملكه من يملك التجارة.

ودوام القبض للمرهون شرط عند الجمهور، وإلا بطل الرهن، لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٣].

وليس ذلك شرطاً عند الشافعية فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالأمتعة والسلاح ووسائل النقل، يمكن الانتفاع بها بإذن المرتهن، لخبر الدارقطني والحاكم: «الرهن مركوب ومحلوب».

وأما إذا لم يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالأطعمة، فليس للراهن طلب استرداده والانتفاع به بعد قبضه، حتى لا يضيع حق المرتهن.

القبض السابق

إذا كان الشيء المراد رهنه موجوداً في يد المرتهن قبل الرهن بطريق الإعارة أو الإيداع أو الإجارة أو الغصب، فيكفي القبض السابق عن قبض الرهن، ولا حاجة لتجديد القبض، ولكن بعض الفروق في الآراء.

فيرى الجمهور الاكتفاء بالقبض السابق، وهنا يقول الحنفية: إذا تجانس القبضان: السابق واللاحق بأن كان كل منهما قبض أمانة أو قبض ضمان، قام القبض السابق مقام القبض اللاحق، وكذلك إذا كان القبض السابق أقوى مثل قبض الضمان كقبض الغصب، ناب مناب القبض اللاحق الأضعف منه كقبض الرهن الذي هو قبض أمانة.

وذهب الشافعية أيضاً إلى الاكتفاء بالقبض السابق بشرط مضي مدة يتأتى فيها قبضه، فإن كان منقولاً تترك له مدة يمكن نقله فيها، وإن كان مكيلاً يحتاج إلى مدة للاكتيال، وإن كان عقاراً لا بد من مضي مدة التخلية.

وإن كان الشيء غائباً عن المرتهن، لا بدّ له أن يوافيه هو أو وكيله، ثم مضي مدة يمكن قبضه فيها، لأن العقد يفتقر إلى القبض، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه، وهو لا يكون إلا في زمن.

وذهب الجمهور غير الشافعية إلى أنه إن كانت يد المرتهن على المال المرهون قبل رهنه يد ضمان، فإنها تنقلب يد أمانة بارتهانه، وذهب الشافعية إلى أن اليد السابقة تظل كما هي، فإن كانت يد ضمان كيد الغاصب أو المستعير، بقيت كذلك، لأنه لا منافاة بين الأمرين، فلا يبرأ الغاصب عن الغصب، ولا المستعير عن الضمان، لكن إيداع الشيء عند الغاصب يبرئه عن الغصب في الأصح.

القابض

قابض المرهون إما المرتهن نفسه أو وكيله. ويجوز اتفاق الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند شخص ثالث يختارانه، يقبض المرهون ويحفظه عنده، ويسمى: **العدل**، إما واحداً أو أكثر.

ويكون العدل وكيلاً عن الراهن والمرتهن، فيشترط فيه ما يشترط في الوكيل، فلا يكون قاصراً كغير المميز، ولا محجوراً عليه لجنون أو عته بالاتفاق، ولا يصح كونه مميزاً أو محجوراً عليه لسفه عند الجمهور، وصحح الحنفية كونه مميزاً.

وإذا قبض العدل المرهون، صح قبضه، ولزم الرهن.

وينعزل العدل بالاستقالة، أو باتفاق العاقدين على إنهاء ولايته، وببيع المرهون، وبموت الراهن لا موت المرتهن في ظاهر الرواية عند الحنفية، وبموت العدل أو جنونه أو عزله.

ويصح للراهن عزله عند الجمهور، ولا ينعزل بعزل الراهن عند المالكية.

وعلى العدل حفظ المرهون كما يحفظ ماله، ويبقيه تحت يده، فلا يدفعه إلى أحد العاقدين إلا بإذن الآخر، وليس لأحدهما أخذ الرهن من يد العدل، ولا يدفعه إلى أجنبي دون رضا العاقدين قبل سقوط الدين، وإذا خالف العدل في ذلك ضمن.

وليس للعدل أن ينتفع بالرهن، ولا أن يتصرف فيه بالإجارة أو الإعارة أو الرهن أو البيع وغيره من التصرفات؛ لأن الواجب عليه إمساك المرهون فقط.

وإذا باع العدل المرهون، صار ثمنه هو الرهن، لأنه قام مقامه.

وإذا هلك الرهن في يد العدل من غير تعدٍّ ولا تقصير، كان كهلاكه في يد المرتهن، لأن يد العدل كيد المرتهن.

وليس للعدل المسلط على البيع في رأي الحنفية أن يعزل نفسه إلا برضا المرتهن،

مراعاة لحقه، إذا كانت الوكالة بالبيع مشروطة في عقد الرهن. فإن كانت الوكالة بعد عقد الرهن، فللعدل أن يعزل نفسه، لأنها تعد وكالة مستقلة، فتجري عليها أحكام الوكالة.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن للعدل في جميع الأحوال أن يعزل نفسه، لأنه وكيل منفصل، فلا يجبر على المضي في الوكالة.

تطبيقات شروط الرهن

يترتب على شروط الرهن معرفة ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز من أنواع المال المرهون وهي ما يأتي:

- لا يجوز **رهن المشاع** عند الحنفية، لعدم تصور القبض وتعذر حبس المرهون ويجوز لدى المذاهب الأخرى، لأن المشاع قابل للبيع، فيمكن الاستيفاء من ثمنه.

- ولا يصح عند الحنفية أيضاً **رهن المتصل بغيره** كالثمر على الشجر دون الشجر، ولا المشغول بغيره، كرهن دار فيها متاع الراهن دونه، لأنه لا يمكن حبسه، فهو كرهن المشاع. وأجاز الجمهور رهنه كرهن المشاع، لإمكان تسليمه مع المتصل به، ولا يدخل المتاع في الرهن إلا بالنص عليه، لأنه ليس بتابع للدار.

- ولا يصح عند جمهور العلماء **رهن الدين**، لأن الدين ليس مالاً عند الحنفية، وغير مقدور على تسليمه عند غيرهم. وأجاز المالكية رهن الدين، لجواز بيعه عندهم بشروط، ومنها قبض وثيقة الدين، والإشهاد عليها.

- ويجوز بالاتفاق **رهن العين المستأجرة** عند المستأجر، أو **المعارة** عند المستعير، والمؤجر والمعير هو الراهن، **وكذلك الوديعة عند الوديع**، وينوب القبض السابق مناب قبض الرهن.

- ويجوز للمستعير بإذن المعير **رهن المستعار** بدين على المستعير، لأن مالكه متبرع بإثبات اليد أو الحيازة عليه، والمالك حر التصرف بملكه، بالهبة والإعارة وغيرهما.

- ويجوز للإنسان **رهن ملك غيره بإذنه** كالمستعار والمستأجَر، فإن لم يكن بإذن مالكه، كان الراهن متعدياً وغاصباً، وموقوفاً عند الحنفية على الإجازة.

- ويجوز **تعدد الرهن** برهن بعض العين المرهونة بعد رهن سابق في رأي الجمهور، لأنه من قبيل رهن المشاع، ولا يجوز ذلك عند الحنفية الذين لا يجيزون هذا الرهن أصلاً.

لكن لا يجوز رهن المرهون كله برهن بدين آخر بالاتفاق، لأن فيه مساساً بحق المرتهن الدائن، لأن مالية المرهون له، فلا يكون لغيره أن يرتب حقاً عليه. فإن أجاز الرهن الثاني نفذ، وإلا بطل.

- وإذا **رهن الوارث جزءاً من أعيان التركة المدينة** التي يتعلق بها دين على الميت، كان الرهن موقوفاً على تخليص التركة من الدين في رأي الحنفية والمالكية.

وصحح الحنابلة هذا الرهن الصادر من الوارث، لانتقال التركة إليه بموت مورثه، فتصرفه صادف ملكه.

وذهب الشافعية: إلى أنه يبطل رهن الوارث بعض أعيان التركة، لأن تصرف الفضولي عندهم باطل.

- ويصح **رهن ما يتسارع إليه الفساد** كالفاكهة، فإن كان قابلاً للتجفيف، فعلى الراهن تجفيفه، لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته، وإن كان مما لا يجفف، بيع وقضي الدين من ثمنه إن كان أجله حالاً أو يحل قبل فساده. وأما إن كان لا يحل قبل فساده، فيجعل ثمنه مكانه رهناً.

ويصح رهنه عند الشافعية إن شرط المرتهن أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد، فإن لم يشرط ذلك، فالصحيح أنه لا يصح رهنه، لتعذر بيعه بالدين قبل حلول أجل الحق.

- **ويجوز رهن العصير**، لأنه يجوز بيعه، فإن صار خلاً بقي الرهن على حاله، وإن صار خمراً بعد القبض، وجبت إراقته، وزال لزوم العقد.

وإن استحال خمراً قبل قبض المرتهن له، بطل الرهن عند الحنابلة، ولم يبطل عند الجمهور، لأنه يغتفر في الدوام أو البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

- **ويصح رهن المصحف وكتب الشرع** عند الجمهور، ولا يقرأ فيها المرتهن؛ لأن عقد الرهن يفيد حق الحبس، لا حق الانتفاع. ولا يصح رهن المصحف عند الحنابلة، لأنه لا يصح بيعه، ولكن يصح عندهم رهن كتب الشرع إذا شرط أن تكون بيد مسلم عدل.

أحكام (آثار) الرهن

الرهن إما صحيح أو غير صحيح، والصحيح هو: ما توافرت فيه شروط الرهن، وغير الصحيح: ما اختل فيه شرط من الشروط. وهو عند الحنفية نوعان: باطل وفاسد.

والباطل: ما كان الخلل فيه في أصل العقد (الأهلية والمحل) بأن صدر العقد من فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه أو غير المميز، أو زال محل العقد كأن تم رهن غير مال أصلاً كالميتة.

والفاسد: ما لحق الخلل فيه وصف العقد كرهن المشغول بغيره في رأي الحنفية، أو رهن المجهول.

ولا فرق عند الجمهور بين الصحيح والباطل.

لزوم الرهن

يلزم الرهن في رأي المالكية بمجرد الإيجاب والقبول، ويتم بالقبض، كما تقدم.

ويلزم عند الجمهور بالقبض، لقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٣] وحينئذ لا يملك الراهن فسخه، لأن الرهن عقد تبرع، فوجب فيه القبض كالهبة.

وأما قبل القبض: فللراهن إمضاؤه أو فسخه.

أحكام الرهن الصحيح

يترتب على الرهن الصحيح وقبضه أحكام شرعية تسعة وهي:

تعلق الدين بالمرهون، وحبس الرهن، وحفظه، ومنع الراهن من التصرف فيه، وعدم الانتفاع بالرهن، وضمانه، وبيعه، ورده عند انتهاء الدين.

١- تعلق الدين بالمرهون

يترتب على صحة الرهن ولزومه تعلق الدين بجميع أجزاء العين المرهونة، وهي رهن بجميع أجزاء الدين، فإذا سقط جزء من الدين بإبراء أو وفاء مثلاً، ظل باقي الدين متعلقاً بجميع العين المرهونة، وهو ما يعرف بعدم تجزئة الرهن.

والدين المتعلق بالرهن هو الذي جعل المال رهناً به فقط، لا غيره من الديون.

ويترتب عليه: ثبوت حق حبس جميع المرهون عند المرتهن، حتى يوفى كل الدين، سواء كان المال شيئاً واحداً أو عدة أشياء.

٢- حق حبس الرهن

حق الحبس أو الاحتباس هو: الذي يترتب على تعلق الدين بالمرهون، لأن التعلق شرع وسيلة لوفاء الدين من المرهون أو من غيره، ولا يتم التعلق على وضع مأمون إلا بحبس ما يتعلق به الدين لدى المرتهن، حتى يكون حبسه حاملاً المدين على الوفاء، تجنباً لبيع المال المحبوس جبراً عنه عند إبائه، فكان تعلق الدين بالرهن وحبس المرهون **من عناصر التوثق.**

ويترتب عليه تعين المرهون للبيع لوفاء الدين عند عدم وفائه من المدين، وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه مع استمرار حبسه للمال المرهون إذا كان الدين حالاً.

٣- حفظ المال المرهون

يحفظ المرتهن المال المرهون تحت يده بما يحفظ به مال نفسه عادة، كزوجته وولده وخادمه الدائم وأجيره الخاص، لأن عين المرهون أمانة في يد المرتهن، فصار كالوديعة، يحفظه كما تحفظ. فإذا قصر في حفظه أو أودعه عند غيره، فتلف ضمن قيمته بالغة ما بلغت، والضامن هو المرتهن لا غيره عند أبي حنيفة.

وللمرتهن السفر بالمرهون إذا كان الطريق آمناً كالوديعة.

٤- نفقة (مؤنة) الرهن

اتفق الفقهاء على أن نفقة الرهن على الراهن لأن له الغنم فعليه الغرم، باعتباره مالكاً. ووقع الخلاف في نوع النفقة الواجبة عليه على رأيين:

يرى الحنفية أن النفقة على الراهن فيما يتعلق بمصلحة المرهون وبقائه باعتباره مالكاً للرهن، كالطعام والشراب وأجرة الراعي، وسقي الشجر ونفقة تلقيحه وقطافه، وسقي الأرض وإصلاحها وكرى أنهارها وإنشاء مصارفها، وخراجها وعشرها.

وعلى المرتهن ما يتعلق بحفظ المرهون كأجر الحظيرة والمخزن.

ونفقات رد المرهون عند ضياعه وعلاجه من الأمراض على الراهن والمرتهن، المرتهن بقدر ضمانه: وهو ما يقابل الدين، والباقي وهو ما زاد على قدر الدين على الراهن.

وذهب بقية الفقهاء (الجمهور): إلى أن جميع نفقات الرهن على الراهن، لأن له غنمه وعليه غرمه.

٥- الانتفاع بالرهن

إما أن يحدث من الراهن أو من المرتهن.

وأما **انتفاع الراهن بالرهن** ففيه رأيان:

يرى الجمهور أنه ليس للراهن الانتفاع بالمرهون، استخداماً وركوباً ولبساً وسكنى وغيرها، إلا بإذن المرتهن، كما أنه ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن. أما في الحالة الأولى فلكيلا يفوت حق الحبس على المرتهن بصفة الدوام. وأما في الحالة الثانية فإن منافع الرهن للراهن لأنه المالك.

ويرى الشافعية: أن للراهن الانتفاع بالرهن بما لا يترتب عليه نقص المرهون كالركوب والاستخدام والسكنى واللبس والحمل. وأما ما يترتب عليه نقص قيمة المرهون كالبناء والغرس في الأرض المرهونة، فلا يجوز للراهن إلا بإذن المرتهن مراعاة لحقه.

وأما **انتفاع المرتهن بالرهن** ففيه رأيان أيضاً:

يرى الجمهور: أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن، إلا بإذن الراهن في رأي الحنفية، لأن له الحبس (الاحتباس) دون الانتفاع، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون جاز عند بعض الحنفية، والراجح حرمة الانتفاع إن شرط في العقد أو كان متعارفاً عليه، لأن المعروف كالمشروط.

أما عند المالكية والشافعية: فيجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا كان مصدر الدين هو البيع، وكانت المدة معلومة، لأنه جمع بين بيع وإجارة، وهو جائز، ولا يجوز إذا كان سبب الدين هو القرض، لأن كل قرض جرَّ نفعاً فهو رِبا.

وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون إذا كان مركوباً أو محلوباً، وهو الحيوان، ولا يجوز في غير ذلك، لحديث: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدَّر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[١] أي إن الانتفاع يكون في الجملة في مقابل النفقة التي يحتاجها الحيوان.

---

(١) رواه الجماعة إلا مسلماً والنَّسائي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

٦- التصرف في الرهن

إما أن يكون من الراهن أو من المرتهن.

تصرف الراهن بالرهن: إما قبل التسليم وإما بعد التسليم.

فإن كان تصرف الراهن في المرهون قبل التسليم فينفذ دون إذن المرتهن، لأنه لم يتعلق به حق المرتهن بعد، إلا أن المالكية قالوا بنفاذ التصرف إن فرط المرتهن في طلب المرهون، فإن لم يفرط نفذ البيع أيضاً في رأي ابن رشد وابن أبي زيد القيرواني، ويصير الدين بلا رهن. ولا ينفذ في رأي ابن القصار.

وأما إن كان تصرف الراهن في المرهون بعد القبض فلا يجوز إلا بإذن المرتهن، لتعلق حقه به، ويصير التصرف موقوفاً على إجازة المرتهن في رأي الحنفية والمالكية، وباطلاً في رأي الشافعية والحنابلة.

تصرف المرتهن بالرهن: لا يجوز للمرتهن أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن، كما لا يجوز من الراهن، لكن يكون التصرف موقوفاً على إجازة الراهن في رأي الحنفية والمالكية، وباطلاً عند الآخرين، كما تقدم في تصرف الراهن.

٧- ضمان الرهن

اتفق الفقهاء على وجوب ضمان الرهن باستهلاكه من المرتهن وتحل قيمة الضمان محل المرهون. وأما في غير حال الاستهلاك أي هلاك المرهون فاتفقوا أيضاً على أن يد المرتهن يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ، لكن الحنفية قالوا:

إن يد المرتهن يد أمانة بالنسبة لعين المرهون، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن، عملاً بحديث «الرهن بما فيه»[١]، أي يهلك بما رهن فيه، ولما روي أن رجلاً رهن فرساً، فنفَق (مات) في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك»[٢].

---

(١) رواه الدارقطني مسنداً عن أنس، وأبو داود مرسلاً، والأول ضعيف، والثاني صحيح.

(٢) رواه أبو داود وابن أبي شيبة، وهو مرسل وضعيف.

وقرر المالكية تضمين المرتهن عند التهمة، وذلك حينما يكون الرهن مما يغاب عليه، أي يمكن إخفاؤه، كالحلي والثياب والكتب والسلاح والسفينة وقت جريها، ونحو ذلك مما يمكن إخفاؤه وكتمه. ولا يضمن ما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان.

ودليل غير الحنفية في الجملة حديث أبي هريرة المتقدم: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» أي لا يصير مضموناً عليه.

أما كيفية الضمان: فيضمن المرتهن عند الحنفية الأقل من قيمة المرهون والدين، فإن كانت القيمة أقل من الدين، رجع المرتهن بالفضل الزائد على الراهن، وإن تساويا صار الدائن مستوفياً دينه حكماً، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين، فالفضل الزائد أمانة في يد المرتهن، لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير.

وفي رأي الجمهور: لا يضمن المرتهن إلا بالتعدي أو التقصير، إلا أن المالكية ذهبوا كما تقدم إلى أن المرتهن يضمن ما يغاب عليه كالحلي والسلاح ونحو ذلك، ولا يضمن ما لا يغاب عليه كالعقار.

٨- بيع الرهن

إما أن يكون البيع اختيارياً وإما جبرياً.

أما البيع الاختياري: فلا يجوز للراهن أن يبيع الرهن إلا بإذن المرتهن، وكذلك لا يجوز للمرتهن أن يبيع إلا بإذن الراهن، ويكون البيع موقوفاً عند الحنفية والمالكية، باطلاً عند غيرهم.

وأما البيع الجبري: فيملك القاضي إجبار الراهن على بيع المرهون إذا حل أجل الدين، وطالب المرتهن بوفاء الدين، ليتمكن المرتهن من استيفاء حقه.

فإن امتنع الراهن من بيع الرهن، باعه القاضي عند الجمهور ومنهم الصاحبان، ويرى أبو حنيفة أن البيع لا يتم إلا برضا الرهن، لكن يحبس حتى يبيعه بنفسه.

٩- تسليم المرهون

على المرتهن تسليم المرهون لصاحبه إما بانتهاء الدين أو بانتهاء عقد الرهن، وانتهاء الدين: يكون بأسباب، كالإبراء من الدين أو هبته، أو وفاء الدين، أو شراء سلعة من الراهن بالدين، أو إحالة الراهن المرتهن على غيره.

ويتم تسليم المرهون بعد أن يسلِّم الراهن الدين أولاً، ويظل للمرتهن الحق في حبس المرهون حتى يستوفي كامل حقه، لأن الحبس حق لا يتجزأ.

ومكان تسليم المرهون هو مكان إبرام عقد الرهن، فيطالب المرتهن عند الحنفية بإحضار المرهون إن لم يكن للرهن حمل ومؤنة، فإن كان له حمل ومؤنة، وكان تسليمه في غير البلد الذي تَمَّ فيه العقد، اكتفى المرتهن بالتخلية بين المرهون والراهن، لا نقله، لأنه يتضرر به، ولم يلتزمه بالعقد.

أحكام الرهن الفاسد

للرهن الصحيح كما تقدم أحكام منها اختصاص المرتهن بالرهن دون سائر الغرماء، وحق حبسه، وضمانه في رأي الحنفية.

واتفق الفقهاء على أنه ليس للرهن الصحيح حكم حال وجود المرهون، فليس للمرتهن حق الحبس، وللراهن استرداد المرهون منه.

فإن هلك المرهون بعقد غير صحيح كرهن المشاع، فإنه يهلك عندهم هلاك الرهن، أي بالأقل من قيمته ومن الدين.

والمرتهن في الرهن الفاسد أحق به من غيره.

والمالكية كالحنفية فيما تقدم من أحكام، ففي حال هلاك الرهن، يكون المرتهن أحق بالمرهون، وله حق الاحتباس.

ويرى الشافعية والحنابلة: أن حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان وعدمه.

نماء الرهن أو زوائده

زوائد الرهن وإن كانت ملكاً للراهن اتفاقاً، فإن الدين يتعلق بها على تفصيل بين الفقهاء:

فيرى الحنفية: أن كل زيادة متولدة من الأصل متصلة به كالثمر واللبن والصوف، أو منفصلة عنه كالولد، تكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له.

أما الزيادة غير المتولدة كالأجرة وغلة الأرض، فلا تكون رهناً مع الأصل، وإنما هي للراهن وحده.

وقريب منهم المالكية الذين قالوا: يدخل في الرهن كل زيادة متولدة، متصلة أو منفصلة إذا كانت على خلقة المرهون وصورته. ولا يدخل في الرهن ما لم يكن على خلقة المرهون وصورته **كالثمر** أو الكراء أو الغلة، أي إنهم خالفوا الحنفية في الثمر.

وضيق الشافعية في رهينة النماء، فقالوا: يدخل في الرهن الزيادة المتصلة كالسمن والكبر، ولا يدخل الزيادة المنفصلة كالثمر والولد والصوف والشعر واللبن والبيض والدار.

والحنابلة أوسع المذاهب في هذا فقالوا: إن جميع نماء الرهن وغلاته، متصلاً أو منفصلاً، متولداً أو غير متولد، غلة أو غيرها يدخل في الرهن، ويباع مع الأصل.

زيادة الرهن أو الدين

تجوز الزيادة في الرهن عند الجمهور عدا زفر بأن يضم الراهن إلى المرهون عيناً أخرى تصير معها رهناً بالدين المرهون به، لأنها زيادة في التوثيق، وهو هدف الرهن.

وكذلك تجوز الزيادة في الدين عند المالكية وأبي يوسف وطائفة كالزيادة في

الرهن، ولأن الزيادة في الدين فسخ للرهن الأول، وإنشاء رهن جديد بالدينين جميعاً، وهو جائز اتفاقاً. ولا تجوز هذه الزيادة عند أبي حنيفة ومحمد، والحنابلة، وفي قول للشافعي، لأنها تقتضي رهن المرهون، وهو غير جائز.

انتهاء الرهن

ينتهي الرهن بتسديد كل الدين، وبالبيع الجبري، وبالبراءة من الدين ولو بحوالة، وبفسخ المرتهن الرهن، ولو من غير قبول الراهن، وبهلاك المرهون، وبالتصرف بالمرهون بالإجارة أو الهبة أو الصدقة أو البيع لأجنبي من الراهن أو المرتهن بإذن الآخر.

وينتهي أيضاً عند المالكية بموت الراهن أو إفلاسه قبل قبضه وكذا بجنونه ومرض موته، وينتهي عند الحنفية بموت الراهن أو المرتهن قبل تسليم المرهون، لا بإفلاس الراهن، ولا يبطل عند الشافعية والحنابلة بوفاة الراهن أو المرتهن قبل التسليم، ولا بجنونه أو إفلاسه.

الصلح

تعريفه وركنه، ومشروعيته، وأنواعه، وشروطه وأحكامه، ومبطلاته.

تعريف الصلح وركنه ومشروعيته

الصلح **لغة**: قطع النزاع، **وشرعاً**: عقد وضع لرفع المنازعة. والمراد به هنا الصلح في المعاملات بين الناس.

وركنه عند الحنفية: الإيجاب والقبول، وعند الجمهور له أربعة أركان: عاقدان (متصالحان) وصيغة (إيجاب وقبول) ومصالح عنه (محل النزاع) ومصالح عليه (بدل الصلح).

وهو مشروع ومندوب إليه بين الناس وفي المحاكمات لقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النساء: ١٢٨/٤]. وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرَّم حلالاً»[١].

أنواع الصلح

الصلح في المعاملات أنواع ثلاثة:

١- صلح مع إقرار المدعى عليه

وهو أن يدعي شخص على آخر شيئاً، فيقر به المدعى عليه، ثم يصالح المدعي عنه على عين غير المدعاة كدار أو أرض، أو على منفعة كخدمة أو سكنى، أو على بعض العين المدعاة كربع الدار. وهو جائز اتفاقاً.

---

(١) رواه ابن حبان وصححه، وقال عنه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، ورواه أيضاً أبو داود والحاكم من حديث أبي هريرة، ورواه الترمذي وابن ماجه والحاكم من حديث عمرو بن عوف.

٢- صلح مع إنكار المدعى عليه

وهو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه، كادعاء شيء عليه، فينكره المدعى عليه، ثم يصالح عنه ببعض الحق المدعى به. وهو الحاصل غالباً في منازعات الناس. وهو جائز عند الجمهور لعموم الآية: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨/٤] والحديث «الصلح جائز بين المسلمين» المتقدمين.

ولا يجوز عند الشافعية وابن أبي ليلى، قياساً على ما لو أنكر الزوج الخلع، ثم تصالح مع زوجته على شيء، فلا يصح، ولأنه إذا كان المدعي كاذباً في دعواه، فقد استحل من المدعى عليه ماله، وهو حرام عليه، وإن كان صادقاً في دعواه، فقد عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة، فيكون المأخوذ أكلاً للمال بالباطل، فدخل في الحديث «إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

٣- الصلح مع سكوت المدعى عليه

وهو ألا يقر المدعى عليه ولا ينكر، وإنما يسكت، ثم يصالح، وهو جائز عند الجمهور كسابقه، وهو رأي ابن أبي ليلى، وغير جائز عند الشافعية، والأدلة ما سبق لكل فريق، والساكت منكر حكماً، فيعامل معاملة المنكر، كما قرر الشافعية.

شروط الصلح

تشترط شروط في العاقد المصالح، وفي المصالح عنه، وفي المصالح عليه.

شروط المصالح

وهي عند الحنفية أربعة:

١- أن يكون عاقلاً: فلا يصح صلح المجنون والصبي غير المميز، لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل، ولا يشترط البلوغ، فيصح صلح الصبي المأذون له في التصرف إذا كان فيه نفع ظاهر أو ليس فيه ضرر ظاهر.

٢- ألا يكون الولي المصالح بالصلح على الصغير مضرّاً به ضرراً ظاهراً: كأن لم تكن للمدعي بينة على ما يقول، فيقع الصلح تبرعاً بمال الصغير، والتبرع ضرر محض، فلا يملكه الأب وغيره من الأولياء. أو ترتب على الصلح الحظّ من حق الصغير، فيكون أيضاً تبرعاً من مال الصغير. والأب لا يملك ذلك.

٣- أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب والجد والوصي، لأن الصلح تصرف في المال، فيختص بمن يملك التصرف فيه.

٤- ألا يكون المصالح مرتداً: وهذا شرط عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، لأن تصرفات المرتد في رأيه موقوفة، وعند صاحبيه نافذة.

شروط المصالح عنه (محل الصلح)

وهي ثلاثة في رأي الحنفية:

١- أن يكون حقاً للإنسان: لا حقاً لله عز وجل، فلا يصح الصلح عن الحدود الخالصة لله تعالى كحدّ الزنا والسرقة وشرب الخمر، وكذا حدّ القذف؛ لأن الغالب فيه حق الله تعالى. ولا يصح الصلح على ترك الشهادة.

ويصح الصلح عن المال من عين أو دين، وعن الحق غير المالي كالقصاص والتعزير.

ويصح عند الحنفية والحنابلة وقوع الصلح عن المجهول، من عين أو دين، لأن الصلح يصح بطريق المعاوضة، كما يصح بطريق الإسقاط، وهذا إسقاط حق، فصح في المجهول كالعتاق والطلاق.

٢- أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح: وإلا بطل الصلح.

٣- أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في محل الصلح: فإذا لم يكن حقاً ثابتاً له، لا يجوز الصلح عنه، مثل الصلح الصادر من امرأة مع رجل عن النسب لصغير؛ لأن النسب حق الصغير، لا حق المرأة. والصلح مع الشفيع على حق الشفعة

بتسليم الدار للمشتري، لأنه لا حق للشفيع في محل الصلح، إنما الثابت له حق التملك، والصلح بين الكفيل بالنفس مع المكفول له على مال معلوم، ليبرئه من الكفالة، والصلح على مظلة على طريق نافذ أو الصلح على سقيفة ممتدة خارج المنزل، مع رجل يريد طرحه وإزالته، لأن الطريق حق للجماعة، لا حق خاص، لكن يصح الصلح على طريق غير نافذ، لأن هذا الطريق ملك مشترك لجماعة محصورة. ويصح الصلح عن عيب في المبيع، لأنه صلح عن حق ثابت في المحل المعقود عليه وهو صفة سلامة المبيع عن العيوب.

شروط المصالح عليه (بدل الصلح)

١- أن يكون المصالح عليه مالاً: فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام ونحوها مما ليس بمال، لأن في الصلح معنى المعاوضة، فما لا يصلح عوضاً في البيع لا يصلح بدلاً في الصلح.

ويصح كون بدل الصلح عيناً أو ديناً أو منفعة، أما العين: فهي ما يحتمل التعيين جنساً ونوعاً وقدراً وصفةً واستحقاقاً، كثوب وعقار وحيوان وقمح أو شعير من المكيلات، وموزون كالحديد والنحاس. والدين: ما لا يحتمل التعيين كالنقود والمكيلات والموزونات الموصوفة في الذمة. والمنفعة كسكنى دار مدة معينة، وزراعة أرض مدة محددة.

٢- أن يكون المصالح متقوماً: أي يباح الانتفاع به شرعاً، فلا يصح الصلح على خمر وخنزير من المسلم، لأنه ليس بمال متقوم في حقه.

٣- أن يكون مملوكاً للمصالح: فلا يصح الصلح على مستحق لغيره، لأنه ليس مملوكاً للمصالح.

٤- أن يكون معلوماً: لأن جهالة البدل تؤدي إلى المنازعة، فتوجب فساد العقد.

أحكام الصلح

١- انتهاء المنازعة بين المتخاصمين شرعاً: فلا تسمع دعواهما بعدئذ.

٢- ثبوت حق الشفعة للشفيع: سواء كان المدعى به داراً، أو كان بدل الصلح داراً، إذا كان الصلح عن إقرار، لأن الصلح في معنى البيع. وكذلك إذا كان الصلح عن إنكار تثبت الشفعة في بدل الصلح، لا في الدار المدعاة، لأنها لم تعتبر مبيعة، لأن الصلح عن إنكار يعد معاوضة بالنسبة للمدعي، ولا يعد معاوضة بالنسبة للمدعى عليه، بل هو إسقاط للخصومة ودفع اليمين عن نفسه.

٣- ثبوت حق الرّد بالعيب وحكم الاستحقاق إن كان الصلح عن إقرار، لأنه بمنزلة البيع. وكذلك إن كان الصلح عن إنكار يثبت حق الرَّد بالنسبة للمدعي، لأنه بمنزلة البيع في حقه، لا بالنسبة للمدعى عليه.

٤- الرَّد بخيار الرؤية في نوعي الصلح: لثبوت الخيار للمدعي، فيترتب عليه كون الصلح معاوضة عن حقه.

٥- لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح: وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد.

ويجوز للمصالح في الصلح عن القصاص أن يبيع بدل الصلح أو يبرئ عنه قبل القبض، كما يجوز البيع ونحوه في المهر والخلع، لأن احتمال الفسخ لا يتأتى في الصلح عن القصاص.

٦- يلتزم الوكيل بالصلح ببدل الصلح دون المدعى عليه إذا كان الصلح في معنى المعاوضة، كالصلح على خلاف جنس حق المدعي.

وأما إن كان الصلح في معنى استيفاء عين الحق، كالصلح عن ألف دينار بخمس مئة، فيلتزم الوكيل ببدل الصلح إن ضمنه، عملاً بحكم الكفالة، وإن لم يضمنه لم يلزمه، لأنه حينئذ مجرد سفير أو رسول.

مبطلات الصلح

١- الإقالة في غير حالة الصلح على القصاص: لأن الإقالة في معنى المعاوضة المالية، فيحتمل الفسخ كالبيع. أما القصاص فالصلح فيه إسقاط محض لحق ولي الدم في استيفاء القصاص من القاتل، لأنه عفو عن القاتل، فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه.

٢- لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الرِّدة عند أبي حنيفة، لأن تصرفات المرتد موقوفة، خلافاً للصاحبين فإنها نافذة.

٣- الرَّد بخيار العيب أو الرؤية: لأن الرَّد يفسخ العقد.

٤- هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة، لأن في الصلح على المنفعة معنى الإجارة، والإجارة تبطل بموت أحد العاقدين.

وإذا **بطل الصلح** رجع المدعي إلى أصل دعواه في الصلح عن إنكار، ويرجع بالمدعى به لا غيره في الصلح عن إقرار. وفي الصلح عن القصاص يرجع المدعي على القاتل بالدية دون القصاص.

الصلح عن التركة أو التخارج: يصح الصلح عن حصة الوارث في التركة، وتطبق أحكام البيع نقداً (ذهباً أو فضةً أو نقوداً ورقية) صح الصلح مهما كان العوض، إذا كان بخلاف جنس مال التركة.

وإن كانت التركة خليطاً من أعيان ونقود - وهو الغالب - فلا بد من كون العوض أكثر من نصيبه في التركة، حتى يتساوى نصيبه بمثله، وتغطي الزيادة الأشياء العينية.

ملحقات العقود

هناك ملحقات خمسة وهي: الإبراء، والاستحقاق، والمقاصّة، والإكراه، والحجر، أتحدث عنها بإيجاز.

المبحث الأول
الإبراء

تعريفه ومشروعيته، وركنه، وشروطه، ومحله، وأنواعه، وحكمه.

تعريف الإبراء ومشروعيته

الإبراء **لغة**: التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشيء .**وفقهاً**: هو إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر أو قِبَله، كإسقاط الدائن دينه، فإن لم يكن الحق في ذمة شخص، كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به، كان التنازل عنه إسقاطاً محضاً.

وهو مشروع ومندوب لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠].

ركنه

عند الحنفية: الإيجاب فقط من الصادر عنه، وعند الجمهور: له أركان أربعة: صاحب الحق المبرئ، والمدين (المبرأ)، والصيغة، والمبرأ منه (محل الإبراء).

ولا يحتاج الإبراء إلى قبول في رأي الجمهور، فينعقد بمجرد الإيجاب، لأنه إسقاط في رأي الحنفية والحنابلة، فلا يحتاج إلى قبول، ويقصد به الإسقاط عند الشافعية، وإن كان عندهم أنه تمليك المدين ما في ذمته.

وذهب المالكية: إلى أن الإبراء يحتاج إلى قبول، لأنه لديهم نقل للملك، فهو كالهبة، ولا بد في هبة الدين للموهوب له من قبوله.

وهل يرتد بالرَّد؟ يرتد بالرَّد عند الحنفية والمالكية، ما لم يحدث قبول صريح. ولا يرتد بالرَّد في رأي الشافعية والحنابلة، لأنه إسقاط عند الحنابلة، ويقصد به الإسقاط عند الشافعية.

شروطه

يشترط شروط في كل عنصر من عناصر الإبراء.

أما **المبرئ**: فيشترط فيه شرطان:

١- أن يكون من أهل التبرع، أي عاقلاً بالغاً رشيداً غير محجور عليه بسفه أو دين.

٢- وأن يكون ذا ولاية على الحق المبرأ منه: بأن يكون مالكاً له، أو موكلاً بالإبراء منه، أو وصياً على الدائن.

وأما **المبرأ**: فيشترط فيه عند الجمهور غير الحنابلة أن يكون معلوماً معيناً، غير مجهول ولا مبهم.

وأما **المحل المبرأ منه**: فيشترط فيه ثلاثة شروط:

١- أن يكون معلوماً في رأي الشافعية، فلا يصح الإبراء من المجهول. ولم يشترط الجمهور هذا الشرط، وأجازوا الإبراء من المجهول قدراً ووصفاً، ولو لم يتعذر علمه.

٢- ألّا يكون عيناً من الأعيان، لأن العين لا تثبت في الذمة، والإبراء إسقاط، والقابل للإسقاط ما تنشغل به الذمة من الحقوق.

فيصح الإبراء من الديون كألف دينار، ومن الحقوق كحق الادعاء، وإبراء الكفيل من الكفالة، والمحال عليه من الحوالة.

٣- أن يكون المبرأ منه موجوداً عند الإبراء، فيبطل الإبراء من الحق قبل وجوده، فلم يجز الحنفية بناء عليه إبراء الزوجة زوجها من نفقة مستقبلة، ولا من

نفقة العدة قبل طلاقها، لأن الإبراء إسقاط، وما سيوجد ساقط فعلاً، فلا يقبل إسقاطاً. ودليلهم حديث: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك»[١] والإبراء في معناهما.

وأما **صيغة الإبراء**: فيشترط فيها أربعة شروط:

١- أن يكون الإبراء منجزاً غير معلّق بشرط ولا مضافاً للمستقبل: وهو شرط عند الجمهور غير المالكية، لأن في الإبراء معنى التمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق. وأجاز المالكية تعليق الإبراء، لما فيه من معنى الإسقاط، وفي الراجح عندهم أنه يلزم الإبراء للمستقبل، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل الشراء، أو أسقطت المرأة نفقة المستقبل عن زوجها، وكعفو المجروح عما يؤول إليه الجرح، وكإجازة الوارث الوصية للوارث أو بأكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموت. وفي قول آخر: يلزم الإبراء.

٢- ألا يتنافى مع الشرع: كالإبراء من شرط التقابض في الصرف، والإبراء من حق السكنى في بيت العدة. ويشترط أيضاً ألا يؤدي الإبراء إلى ضياع حق الغير، كالإبراء عن حق الحضانة، لأنه حق للصغير وللحاضنة.

٣- أن يكون للمبرئ ملك سابق في الحق المبرأ منه: لأنه لا يصح تصرف الإنسان في ملك غيره دون إنابة منه.

٤- أن يقع الإبراء بعد وجوب الحق المبرأ منه أو وجود سببه: لأن الإبراء إسقاط ما في الذمة، وما بعد انشغالها. واتفق الفقهاء على عدم صحة الإبراء قبل وجود السبب، لأنه لا معنى لإسقاط ما هو ساقط فعلاً. أما بعد وجود السبب ففيه رأيان: رأي الجمهور أنه يشترط وجود السبب، فلا يصح قبله. ورأي المالكية في قول راجح: أنه يلزم الإبراء قبل وجود السبب، وفي آخر: أنه لا يلزم، كما تقدم.

---

(١) حديث حسن رواه أبو داود والحاكم.

محل الإبراء

وهي إما الأعيان، وإما الديون، وإما الحقوق.

أما الإبراء عن الأعيان نفسها كالثوب والسلعة: أي إسقاط ملكيتها، فهو لا يصح اتفاقاً، لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط، فلا يؤثر فيها الإبراء، ولا يتملكها المبرأ، بل تظل في ملكية واضع اليد عليها.

وأما الإبراء عن الديون الثابتة في الذمم: فهو صحيح اتفاقاً، لأن مدار الإبراء هو إسقاط ما في الذمم.

وأما الإبراء عن الحقوق: فإن كان الحق للإنسان كالكفالة والحوالة فيصح اتفاقاً. وإن كان حقاً لله عز وجل، كحد الزِّنا، وحدّ السرقة، وحدّ القذف المغلب فيه حق الله، بعد الرفع للحاكم، فلا يصح الإبراء عنه عند الحنفية والمالكية.

أما الحق الذي يغلب فيه حق الآدمي كالتعزير والقصاص والدّية وحق القَسْم بين الزوجات، وحق الانتفاع، وحق الفسخ بخيار العيب، وغرامة التلف في الأموال، فيصح الإبراء عنه. ويصح الإبراء عن الدين بعد وفاة المدين.

ولا يصح عند الحنفية الإبراء عن الحقوق التي لا تقبل الإسقاط، كحق الرجوع في الهبة، والرجوع في الوصية، لأن في جوازه تغييراً للمشروع في الشرع.

ولا يصح الإبراء من خيار رؤية المبيع، ولا من حق الاستحقاق في الوقف، وحق الإرث.

أنواع الإبراء

- إما أن يكون الإبراء عاماً أو خاصّاً، والعام: الإبراء عن كل عين ودين وحق لشخص عند آخر. والخاص: هو ما يتناول حقاً معيناً، فيختص بمحله.

- وإما أن يقتصر الإبراء عما سبق، فلا يشمل ما بعده من ديون أو حقوق.

- وإما أن يختص بالمبرأ، فلا يشمل غير المبرأ، وعلى هذا لا يستفيد من الإبراء سوى المشتري ولا يستفيد منه الشفيع عند الشافعية والحنابلة، ويستفيد منه الشفيع في رأي الحنفية والمالكية، فيسقط عنه بمقدار ما حطه البائع عن المشتري.

- والإبراء إما إبراء إسقاط وإما إبراء استيفاء، الأول يسقط الدين عن الذمة إما كله وإما بعضه بحسب صيغته. والثاني: إقرار باستيفاء حقه وقبضه من المدين.

حكم الإبراء

هو سقوط الحق المبرأ منه بحسب كون الإبراء خاصّاً أو عامّاً.

ولا يجوز الرجوع عن الإبراء ولا العدول عنه في رأي الجمهور، ولا يجوز ذلك عند المالكية بعد قبوله من المبرأ.

المبحث الثاني

الاستحقاق

تعريفه وحكمه المترتب عليه في العقود، وحكم استحقاق الأضحية والهدي.

تعريف الاستحقاق

لغة: هو طلب الحق، **وفقهاً**: ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير، أو هو أن يدعي شخص ملكية شيء، ويثبت دعواه، ويقضي له القاضي بملكيته، وانتزاعه من يد حائزه.

حكمه المترتب عليه في العقود

الاستحقاق بالنسبة لفسخ العقد إما مبطل للملك وإما ناقل للملك.

أما الاستحقاق المبطل للملك بالكلية: فهو الذي يقصر حق التملك في الشيء على المدعي فقط. وحكمه: أنه يوجب فسخ العقد بلا حاجة لحكم القاضي، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن. فمن أثبت بالبينة أنه حرّ الأصل، أو أن فلاناً أعتقه، فيجوز لكل واحد الرجوع على بائعه بالثمن، ويرجع هذا أيضاً على بائعه الأول بالثمن الذي أخذه.

وأما الاستحقاق الناقل للملك من شخص إلى آخر: فهو الذي يثبت فيه المدعي بالبينة أن ما في يد فلان ملك له. وحكمه: أنه لا يوجب فسخ العقد، وإنما يتوقف العقد عند الحنفية على إجازة المستحق أو فسخه، فمن اشترى شيئاً، ثم تبين أنه مستحق لغير بائعه، لا ينفسخ عقد شرائه، ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن، ويفسخ العقد بالتراضي، لا بمجرد القضاء بالاستحقاق.

ويشمل الحكم بالاستحقاق الحائز صاحب اليد على الشيء، فيؤخذ من يده، ويشمل أيضاً كل من تلقى ذو اليد الملك منه، ولو كان مورثه.

إثبات المستحق حقه

يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ثبت الاستحقاق ببينة المستحق، لأنها حجة متعدية (شاملة) تظهر في حق كافة الناس، ولا تصير حجة معتبرة إلا بقضاء القاضي، حتى ينفذ قضاؤه في حق الكافة بما لَهُ من ولاية عامة.

أما إذا ثبت الاستحقاق **بإقرار** المشتري أو وكيله أو بنكولهما، فلا رجوع له على أحد، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعداه إلى غيره، لعدم ولايته عليه.

حكم استحقاق الأضحية والهدي

إذا تبين أن الأضحية المشتراة أو الهدي مستحقان لغير البائع بالبينة، ثبت الحق له باسترداد العين إن كانت موجودة، أو ببدلها أو قيمتها إن ذبحت على تفصيل بين المذاهب.

يرى **الحنفية**: أن المستحق إن أخذ الأضحية مذبوحة، لم تجزئ عن أي واحد منهما، وعلى كل واحد منهما أن يضحي بشاة أخرى ما دام في أيام النحر. وإن مضت أيام النحر، فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط، ولا يلزمه التصدق بقيمة الشاة المشتراة، لأنه بالاستحقاق تبين أن شراءه إياها للأضحية وعدم شرائه سواء.

وإن ترك المستحق الشاة للذابح، وضمَّنه قيمتها، جاز الذبح، كمن اغتصب شاة لغيره، فضحاها عن نفسه بغير إذن صاحبها، تجزئ عن الذابح إن ضمَّنه صاحبها قيمتها حية، لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بأثر مستند إلى الماضي أو أثر رجعي، فصار ذابحاً شاة هي ملكه، فتجزيه، لكنه يأثم، لأن ابتداء فعله وقع محظوراً، فتلزمه التوبة والاستغفار.

ويرى **المالكية**: أن من اشترى شاة، ثم ذبحها، ثم استحقت، فأجاز المستحق البيع، أجزأت، لفعله ذلك في شيء ضمنه بالعوض الذي وجب للمستحق، أي عليه دفع قيمتها.

وذهب **الشافعية والحنابلة**: إلى أنه إذا ذبحها وتبين استحقاقها، وجب عليه ضمانها لمستحقها، وعليه بدلها إن عيَّنها فقال: هذه أضحية، فيشتري بقيمتها مثلها ويذبحها في الوقت المطلوب شرعاً. ولو بانت مستحقة قبل التعيين، لم يلزمه بدلها، لعدم صحة التعيين. والأضحية المنذورة مثل المعينة.

❊ ❊ ❊

المبحث الثالث
المقاصة

معناها ومشروعيتها، ومحلها، وأنواعها، وأحكامها

معنى المقاصة ومشروعيتها

المقاصّة: **لغة** المساواة، **وفقهاً**: هي إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ماله عليك بشروط، كما عرفها الدردير المالكي، وهو يشمل المقاصة الاتفاقية والجبرية.

وهي مشروعة اتفاقاً، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أتيت النبي ﷺ، فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، فقال: لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا، وبينكما شيء» فقوله عليه الصلاة والسلام: «لا بأس» فيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره. وهي المصارفة في الذمة. وقال البابرتي في العناية: إن هذا الحديث يدل على المقاصّة استحساناً.

محلها

الأصل في المقاصّة أن تقع بين الدينين، بأن يكون للمدين دين آخر على دائنه، فيتقاصّ الدينان، كما في الحوالة المقيدة، فلا تقع المقاصّة بين عين وعين، ولا بين دين وعين.

أنواع المقاصة

المقاصّة نوعان: إما جبرية وإما اتفاقية، وكل نوع إما جائز أو ممنوع.

المقاصة الجبريّة وشروطها

هي التي تحدث بين دينين متماثلين جنساً وصفةً وقدراً وحلولاً وتأجيلاً، ولا تتوقف على تراضي الطرفين ولا على طلب أحدهما. من كان عليه دين لفلان، ثم باع المقترض لدائنه شيئاً بثمن معجل من جنس الدين الذي عليه، وقعت المقاصّة بين الدينين، جبراً على الطرفين.

وهي جائزة عند الجمهور، وممنوعة عند المالكية إلا بالاتفاق.

ويشترط في هذه المقاصة أربعة شروط:

١- **تلاقي الحقين أو الدينين**: أي اجتماعهما لشخص عند آخر، بأن يكون دائناً ومديناً في آن واحد.

٢- **تماثل الدينين**: أي اتحادهما جنساً ونوعاً وصفةً وحلولاً وأجلاً. بأن كانا من عملة نقدية واحدة ويجب أداؤهما إما في الحال أو في أجل واحد في المستقبل. فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، لم تصح المقاصة عند الحنفية.

واشترط الشافعية والحنابلة اتفاق الدينين في الحلول وفي قدر الأجل. وإلا لم تقع المقاصة.

وأجاز المالكية المقاصة إن حل الدينان معاً، ولم يجيزوها إن لم يحل الدينان، أو حل أحدهما دون الآخر واختلف الجنس. فإن لم يحل أجلهما أو حل أجل الواحد منهما دون الآخر واتفق الجنس، فالمشهور جواز المقاصة، لأنها متاركة تبرأ بها الذمم. هذا في النقود.

وأجازوا أيضاً المقاصة إن كان الدينان من الطعام، سواء حل الأجل أو لم يحل، إذا كان الدينان من قرض، ولم يجيزوا المقاصة إن كان الدينان من بيع، لأنه من بيع الطعام قبل قبضه.

وأجازوا المقاصة إن كان الدينان من العروض التجارية إذا اتفقا في الجنس والصفة، سواء حل الأجل أو لم يحل.

٣- **انتفاء الضرر**: يشترط في المقاصّة الجبرية ألا يترتب على وقوعها ضرر لأحد، فإذا ترتب عليها ضرر لأحد الطرفين أو لغيرهما، لم تقع المقاصة. فلا تقع هذه المقاصة عند الحنابلة بين دين نفقة المرأة ودين عليها في حالة الإعسار، لأن النفقة مقدمة على وفاء الدين، وهذا ضرر للمدين. وتجهيز الميت مقدم على الدين كالنفقة.

ومثل أن يتعلق بأحد الدينين حق الغير، كتعلق دين غير المرتهن، فلا تقع المقاصة لتعلق حق المرتهن بالمال، وتعلق حق بقية الغرماء بمال المفلس إذا باع المفلس غريماً بثمن في الذمة من جنس دينه، لا تقع المقاصة أيضاً.

٤- ألا يترتب على المقاصة الجبرية محظور ديني، كالتفرق قبل قبض رأس مال السلم، والتصرف في المسلم فيه قبل قبضه، وعدم التقابض في مجلس الصرف وفي الأموال الربوية الأخرى التي يجب التقابض فيها.

المقاصة الاتفاقية

هي التي تتم بتراضي الطرفين ما لم يترتب على ذلك محظور شرعي.

المقاصة المحظورة

وهي التي يترتب على وقوعها مخالفة حكم شرعي. وأمثلتها ما يأتي:

أ - **الصرف**: تكون المقاصة باطلة إذا وقعت بين دينين للمتصارفين بعد انتهاء مجلس عقد الصرف، لاشتراط القبض للبدلين في مجلس العقد.

ب - **المقاصة برأس مال السلم**: لا تجوز المقاصة برأس مال السلم مع دين آخر مطلقاً، لاشتراط قبض جميع رأس مال السلم في مجلس العقد، عند الجمهور.

وعند المالكية يجوز التأجيل لما دون ثلاثة أيام.

ج - **المقاصة بالمسلم فيه**: لا تجوز هذه المقاصة بدين كالقرض مع المسلم فيه المؤجل، لأن المقاصة تعني المساواة، ولا مساواة بين هذين الدينين، لأن أحدهما

معجل، والآخر مؤجل، والمعجل خير من المؤجل. فإن حل أجل السلم صحت المقاصة.

أحكام المقاصة

المراد بالحكم هنا: الأثر المترتب على الشيء أو مقتضاه. ومقتضى المقاصة: إسقاط فيه معنى الوفاء، أي إسقاط بعوض، والعوض: هو إسقاط فيه معنى الوفاء، مثل الطلاق على الإبراء من الحقوق، هذا صحيح، لأن كلاً منهما في مقابلة الآخر، فتكون المقاصة إسقاطاً فيها معنى المعاوضة.

والذي يسقط بالمقاصة عند الجمهور غير الحنفية هو نفس الدين إن كان الدينان متساويين، ويسقط الأقل منهما إن كانا متفاضلين.

وعند الحنفية: تسقط المطالبة بالدين فقط، ويبقى الدين شاغلاً للذمة، وإن لم تصح المطالبة به، ويترتب عليه: أنه يصح الإبراء من الدين بعد المقاصة براءة إسقاط، وتصح هبته، ويصح الحط منه، ويرجع من تبرع بقضاء دين عن إنسان، على من أداه عنه، إذا أبرأه غريمه منه براءة إسقاط.

وإذا تمت المقاصة على وجه صحيح، لا يمكن **نقضها**، لا بالفسخ ولا بغيره، لأن الساقط لا يعود، فمتى سقط الدين وتلاشى، لا يمكن النقض.

المبحث الرابع
الإكراه

معناه ونوعاه، وشروطه وأحكامه (آثاره)

معنى الإكراه ونوعاه

الإكراه **لغة**: حمل الغير على أمر لا يرضاه ، قهراً، **وفقهاً**: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه.

والمراد بالرضا: الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به.

والمراد بالاختيار: ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس.

نوعا الإكراه عند الحنفية:

الإكراه الملجئ أو التام

هو الذي لا يبقى للإنسان معه قدرة ولا اختيار، كأن يهدده بما يلحق به ضرراً في نفسه أو في عضو من أعضائه، وحكمه: أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار، كالتهديد بالقتل أو القطع أو الضرب المبرِّح (الشديد) المتوالي الذي يخاف منه إتلاف النفس أو العضو.

الإكراه غير الملجئ أو الناقص

هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو، كالتخويف بحبس أو قيد، أو ضرب يسير لا تلف فيه، أو إتلاف بعض المال.

وحكمه: أنه يعدم الرضا، ولا يفسد الاختيار.

ويضاف **عند الحنفية** فرع ثالث وهو:

الإكراه الأدبي

وهو الذي يعدم تمام الرضا، ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول كالأب أو الفروع كالابن أو الحواشي كالأخ أو الأخت. وحكمه: أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً، فلا تنفذ التصرفات الواقعة بسببه.

والإكراه عند الجمهور نوع واحد هو الإكراه الملجئ، وغير الملجئ لا يسمى إكراهاً.

شروط الإكراه

يشترط لتحقق الإكراه عشرة شروط وهي:

١- أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به، وإلا كان هذياناً.

٢- أن يغلب على ظن المستكره أن المكره سينفذ تهديده لو لم يحقق ما أكره عليه، وأنه عاجز عن التخلص من التهديد بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة.

٣- أن يكون الأمر المكره عليه متضمناً إتلاف نفس أو عضو أو مال، أو متضمناً أذى بعض الأقارب، كحبس أحد الوالدين أو الزوجة، أو يلحق به غماً يعدم الرضا بحسب منزلته.

٤- أن يكون المستكره ممتنعاً عن الفعل الذي أكره عليه قبل الإكراه.

٥- أن يكون المهدد به أشد خطراً على المستكره مما أكره عليه، كصفع الوجه فقد يكون عند بعض الناس أقل خطراً من إتلاف المال، فلا يتوافر الإكراه.

٦- أن يترتب على فعل المكره به الخلاص من المهدد به: فمن هُدِّد بالقتل إن لم يقتل نفسه، لا يعد إكراهاً، لأن الغرض واحد.

وهذه الشروط متفق عليها.

٧- أن يكون المهدد به عاجلاً، وكذا ظلماً عند الشافعية والحنابلة، أي كون

الإكراه بغير حق، فلو كان آجلاً لم يتحقق الإكراه، لأن التأجيل مظنة التخلص مما هدد به بالاستغاثة أو الشرطة مثلاً. وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة، وليس شرطاً عند المالكية، وإنما الشرط عندهم أن يكون الخوف حالاً.

٨- ألا يخالف المستكره المكرِه بفعل غير ما أكره عليه، أو بالزيادة عليه، أو بالنقصان عنه، فإن خالفه كان طائعاً فيما أتى به. وهذا شرط عند المالكية والشافعية.

٩- أن يكون المكره عليه معنياً بأن يكون شيئاً واحداً. وهو شرط عند الشافعية فلا يعد إكراهاً إذا خيره بين أمرين.

١٠- ألا يكون المهدد به حقاً للمكره يتوصل به إلى ما ليس حقاً له ولا واجباً عليه. فمن هدد زوجته بالطلاق إن لم تبرئه من دينها، لا يعد إكراهاً. وهذا شرط عند متأخري الشافعية، وعند الحنفية.

أحكام الإكراه أو آثاره

تتبين أحكام الإكراه أو آثاره في التصرفات الحسية أو الشرعية، وأقصر الكلام على الأحكام الدنيوية فيها.

والأحكام الدنيوية في **التصرفات الحسية** تختلف بحسب نوع التصرف، وهي أنواع ثلاثة:

النوع الأول - شرب الخمر والسرقة

أما **الإكراه على شرب الخمر**: فإن كان الإكراه تاماً فلا حدَّ على المستكره اتفاقاً، لأن الفعل حينئذ مباح.

وكذلك لا تنفذ تصرفات المكرَه على الشرب كالبيع ونحوه عند الجمهور، كتلفظه بكلمة كفر، وطلاقه لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ

﴿بِٱلۡإِيمَـٰنِ﴾ [النحل: ١٦/١٠٦]، والخبر: «لا طلاق في إغلاق»[١]. وفسَّر الشافعي وغيره الإغلاق بالإكراه[٢]. وفرَّق أبو حنيفة بين ما يقبل الفسخ عنده ويثبت فيه الخيار كالبيع ونحوه، فقال: لا يلزم مع الإكراه، وبين ما لا يقبل الفسخ كالنكاح والطلاق والعتق والأيمان، فألزم بها مع الإكراه.

ولو حلف لا يفعل شيئاً، ففعله مكرهاً، فعلى قول أبي حنيفة: يحنث، وعلى قول الجمهور في الراجح: لا يحنث، كما أن اليمين لا تلزم حال الإكراه.

وأوجب أبو حنيفة الحد على الشارب حال الإكراه الناقص، لأن شرب الخمر حينئذ يعد حراماً، فيطبق عليه حكم الشرب. وعند الجمهور: لا يحد، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٣].

وأما **الإكراه على السرقة**: فلا إثم ولا حد على المكرَه مطلقاً عند الجمهور، عملاً بإطلاق الحديث السابق: «إن الله تجاوز..» وهو رأي الحنفية أيضاً في حال الإكراه التام، أما في حال الإكراه الناقص فعلى المكرَه الإثم والحد.

النوع الثاني - الكفر وإتلاف المال

أما **الإكراه على الكفر**: فلا يترتب عليه الوقوع في الرِّدة، ولا تبين من المكرَه امرأته، فلا يصير مرتداً، عملاً بالآية السابقة: ﴿إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَـٰنِ﴾ [النحل: ١٦/١٠٦].

لكن عند الحنفية في حال الإكراه الناقص: يصبح مرتداً، لأنه ليس بمكره حقيقة.

لكن الإكراه على الإسلام يجعل المكرَه مسلماً؛ لأن ترجيح الإسلام إعلاء

---

(١) رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم.

(٢) لكن يلزمه القود (القصاص) بمباشرته للجناية.

(٣) رواه ابن ماجه وابن حبان والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً. ورواه الطبراني في الكبير عن ثوبان وأبي الدرداء.

الدين الحق، وإعلاء الدين الحق واجب، لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»(١).

وأما **الإكراه على إتلاف المال**: كإحراق زرع أو منزل ففي ضمان التلف ثلاثة آراء:

- رأي الحنفية والحنابلة: الضمان على المكرِه، لأن المكرَه مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكرِه، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً.

- ورأي المالكية والظاهرية: الضمان على المكرَه، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام غيره؛ لإباحة فعل كل منهما، وحيث يجب الضمان على المضطر، فيجب ضمان المكرَه، ولأن المباشر يقدم في الغرم على المتسبب، فلا يتبع المتسبب عند المالكية إلا إذا كان المباشر معدماً، فهم يجعلون الضمان على الاثنين معاً، لكن يقدم المباشر في الغرم على المتسبب عند الإمكان.

- وذهب الشافعية في الراجح عندهم: إلى أن الضمان على المكرِه والمكرَه، لأن الإتلاف صدر من المكرَه حقيقة، ومن المكرِه بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر الضمان في النهاية على المكرِه في الأصح، فهم كالرأي الأول.

وفي حال الإكراه الناقص: يكون الضمان على المكرَه في رأي الحنفية والمالكية والظاهرية؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلم يكن المكرَه مجرد آلة للمكرِه، فكان الإتلاف من المكرَه، فوجب الضمان عليه.

النوع الثالث - الإكراه على القتل أو الزِّنا

أما **الإكراه على القتل**: ففي القصاص رأيان:

---

(١) رواه الطبرني والبيهقي عن عمر رضي الله عنه، وروي موقوفاً عن ابن عباس رضي الله عنهما.

- ذهب أبو حنيفة ومحمد، وداود الظاهري: إلى أن القصاص على المكرِه، ويعزر المكرَه، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

ويرى زفر وابن حزم الظاهري أنه يقتص من المستكره، لأن القتل وجد منه حقيقة.

ورأي أبي يوسف: أنه لا يقتص من الاثنين، للشبهة، وإنما تجب الدية على المكرِه، لا المكرَه.

- وذهب المالكية والشافعية والحنابلة: إلى أنه يقتصّ من الاثنين (المكرِه والمكرَه) لأن المكرَه وجد منه القتل حقيقة، والمكرِه متسبب في القتل، والمتسبب كالمباشر شرعاً.

فإن كان الإكراه ناقصاً وجب القصاص على المكرَه اتفاقاً، لأن هذا الإكراه لا يسلب الاختيار، فيوجب القصاص.

وأما الدِّية حال الإكراه: فهي عند الحنفية على المكرِه. وأما الإرث فلا يمنع منه المكرَه على قتل مورثه عندهم.

وأما **الإكراه على الزِّنا**:

- فإن كانت المرأة مكرهة: فلا حدَّ عليها، في نوعي الإكراه، في رأي الجمهور، لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعْدِ إِكْرَٰهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [النور: ٢٤/ ٣٣].

- وأما الرجل المكرَه على الزِّنا: فلا إثم عليه ولا حدّ عند الجمهور ومنهم ابن عقيل من الحنابلة وهو رأي الصاحبين والقول الأخير لأبي حنيفة في الإكراه التام[1]، للحديث السابق: «إن الله تجاوز..». والمختار عند الحنابلة أن عليه الإثم

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ٢/ ٢٥٢

والحد، وإن كان لا يصح إكراهه عليه، لأن انتشار العضو لا يكون مع الخوف، فإذا وجد الانتشار وجدت الطواعية في الفعل.

أما الإكراه الناقص فيوجب الإثم والحدّ باتفاق الحنفية، لأن هذا الإكراه لا يسلب الاختيار.

ومن الطريف أن أذكر أن المختار عند المالكية أن الرجل المكرَه على الزِّنا (الوطء) لا يحدّ ولا يؤدَّب لعذره بالإكراه كالمرأة، والأكثر على خلافه وأنه يحدّ وهو المشهور[١].

أثر الإكراه في التصرفات الشرعية

التصرفات الشرعية أي الأقوال إما أنها لا تحتمل الفسخ أو تحتمل الفسخ.

أولاً - التصرفات التي لا تحتمل الفسخ

هي التصرفات اللازمة وهي خمسة عشر تصرفاً، كالطلاق والنكاح والظِّهار واليمين والعفو عن القصاص، وفيها رأيان للفقهاء:

١- ذهب **الحنفية**: إلى أنه لا تأثير للإكراه على التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ أي النقض والرَّد، فتعدُّ نافذة مع الإكراه وتصير لازمة، فلو أكره إنسان على نكاح أو طلاق أو نذر أو يمين أو رجعة أو ظِهار أو إيلاء أو فيء فيه باللسان أو عفو عن القصاص، وقع المكره عليه، لأنها تصرفات يستوي فيها الجد والهزل، والإكراه في معنى الهزل. وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر: أنه أجاز طلاق المكرَه، ولعموم قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٣٠].

٢- وذهب **الجمهور**: إلى أن الإكراه يؤثر في هذه التصرفات، فيفسدها، فلا

---

(١) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/٣١٨

يقع طلاق المكرَه مثلاً، ولا يفسد عقد النكاح بالإكراه ونحو ذلك، وهذا هو الراجح في تقديري، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٦/١٠٦]، فلا أثر للإكراه. قال ابن العربي[١]: لما سمح الله تعالى في الكفر به، وهو أصل الشريعة، عند الإكراه، ولم يؤاخذ به، حمل العلماءُ فروع الشريعة كلها، فإذا وقع الإكراه عليها، لم يؤاخذ به، ولا يترتب حكم عليه، وعليه جاء الأثر المشهور عند الفقهاء: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». والخبر، وإن لم يصح سنده، فإن معناه صحيح باتفاق من العلماء.

وثبت في السنة أن خنساء بنت خزام الأنصارية زوَّجها أبوها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فردَّ نكاحها[٢]، وفي حادثة أخرى: أن فتاة زوجها أبوها من ابن أخيه وهي كارهة، فجعل رسول الله ﷺ الأمر إليها[٣].

وقال ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»[٤]، فسَّر الإمام الشافعي الإغلاق بالإكراه.

ثانياً - التصرفات التي تحتمل الفسخ

هي كالبيع والشراء والهبة والإيجار ونحوها، فيها ثلاثة آراء للفقهاء:

١- جمهور الحنفية: يرون أن الإكراه بنوعيه يفسد التصرف، لعدم توافر الرضا، ولكن للمكرَه بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه، لأن الرضا شرط لصحة هذه التصرفات.

ويجعل زفر العقد موقوفاً غير نافذ كعقد الفضولي، لأن العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة.

---

(١) أحكام القرآن ٣/١١٦٨

(٢) رواه البخاري عن خنساء بنت خزام رضي الله عنها.

(٣) رواه أحمد والنَّسائي عن عائشة رضي الله عنها.

(٤) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم على شرط مسلم.

٢- المالكية كزفر: يرون أن هذه التصرفات بالإكراه موقوفة، لأن الرضا شرط في صحة العقد، لا في انعقاده، حتى لو أجاز المكرَه ما أكره عليه بعد زوال الإكراه، أصبح العقد صحيحاً، ولو كان العقد فاسداً لما جاز، لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة، ولا يرتفع الفساد بالإجازة.

والأدق أن المالكية يجعلون عقد المكرَه كالبيع غير لازم أي فيه الخيار بين الإمضاء والفسخ.

٣- الشافعية والحنابلة: يجعلون هذه التصرفات مع الإكراه باطلة غير صحيحة.

أثر الإكراه في الإقرار

إذا أكره شخص بغير حق على أن يقر بشيء، ففيه مذهبان للفقهاء:

١- مذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية): لا أثر للإقرار ولا يترتب عليه أثر، للحديث المتقدم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» فلفظ «ما» يفيد العموم.

٢- مذهب المالكية: الإقرار حال الإكراه بغير حق يعد غير لازم، أي إن المكرَه مخيَّر بين إجازة الإقرار وعدم إجازته، مثل طلاق المكرَه، لا يلزم، فكذا الإقرار لا يلزم.

أما الإقرار مكرَهاً بالزِّنا أو شرب الخمر أو السرقة أو القذف أو القتل، فيعدُّ ملغياً، ولا يقام الحدّ ولا القصاص؛ لأن الإكراه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

أثر الإكراه في التصرفات المخير فيها

للفقهاء رأيان في هذه التصرفات، سواء كانت لا تحتمل الفسخ أو تحتمل الفسخ:

١- الشافعية الذين يشترطون تعيين الشيء المكره عليه: يقولون: لا إكراه مع التخيير، ويعدُّ التصرف المخير فيه حال الإكراه نافذاً.

٢- الجمهور الذين لا يشترطون التعيين في المكرَه عليه: يرون أن الإكراه باق مع التخيير.

فمن أكره على تطليق إحدى امرأتيه، لم يعتبر الإكراه، ويقع الطلاق، لوجود الاختيار، وعند الجمهور: يعتبر الإكراه، فعند الحنفية يقع الطلاق ككل تصرف لا يحتمل الفسخ، ولا يلزم الطلاق عند المالكية.

ومن أكره على بيع إحدى عمارتيه، فباع إحداهما، كان البيع نافذاً عند الشافعية، وللإكراه أثره عند الجمهور، فيكون البيع فاسداً عند جمهور الحنفية، موقوفاً عند المالكية، باطلاً عند الحنابلة.

المبحث الخامس
الحجر

تعريفه ومشروعيته ونوعاه، وأسبابه وحكم كل نوع، طريق رفع الحجر عن المحجورين، وتعلق الدين بالتركة.

تعريف الحجر ومشروعيته

الحجر **لغة**: المنع والتضييق، **وفقهاً** هو: منع الإنسان عن التصرف في ماله.

ويقابله الإذن وهو: فك الحجر وإسقاط المنع.

وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء: ٤/٥]، وهو دليل على مشروعية الحجر على السفهاء (المبذرين) ومنعهم من التصرف في أموالهم.

ولقوله سبحانه: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٤/٦]، وهو دليل على مشروعية الحجر على الصغار.

وقوله عز وجل: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٢]، دلَّ على ثبوت الحجر على السفيه (المبذر) والضعيف (الصبي والكبير المختل) والمغلوب على عقله، فينوب عنهم أولياؤهم.

وثبت في السنة النبوية أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله، وباعه في دين كان عليه[١]. وحجر عثمان بسبب التبذير على عبد الله بن جعفر[٢].

(١) رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم وصححه عن كعب بن مالك رضي الله عنه.

(٢) رواه الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير رحمه الله.

والحجر مشروع رعاية لمصلحة المحجور عليه والمجتمع ودفع الضرر عنهما.

نوعا الحجر بحسب المصلحة المقصودة منه

له بهذا الاعتبار نوعان:

الأول - حجر لمصلحة المحجور عليه: وهو حجر المجنون والصغير والسفيه المبذر.

الثاني - حجر لمصلحة الغير: وهو حجر المدين المفلس لحق الغرماء (الدائنين) وحجر المريض مرض الموت لحق ورثته، وحجر الراهن لحق المرتهن.

أسباب الحجر

له أسباب كثيرة، منها متفق عليه، كالحجر بسبب الصغر والجنون والعته، لفقد الأهلية أو نقصها، ومنها مختلف فيه، كالحجر بسبب السفه (التبذير) والغفلة والدين؛ دفعاً للضرر عن أصحاب هذه الآفات وعن الناس.

ويختلف أثر الحجر في التصرفات باختلاف سببه، كما يبدو فيما يأتي:

أثر الحجر في تصرفات الصغير

للفقهاء اتجاهان في هذا:

١- **الحنفية والمالكية**: فرقوا بين الصغير المميز، وغير المميز، والأول: من أكمل سن السابعة، والثاني: من لم يتم السابعة، لقوله ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين»[١].

فإن كانت تصرفات الصغير **فعلية** وهي الغصوب والإتلافات، فعليه الضمان.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن عبد الله عمرو رضي الله عنهما.

وأما إن كانت تصرفاته **قولية**: فإن كان **غير مميز** فتصرفاته باطلة لانعدام أهلية الأداء عنده، وأما إن كان **مميزاً** فحكم تصرفاته يختلف بحسب أنواعها الثلاثة:

أ- التصرف النافع له نفعاً محضاً كقبوله الهبة أو الوصية، وإسلامه، يصح منه وينفذ دون توقف على إجازة أحد.

ب - التصرف الضار به ضرراً محضاً: كتبرعه أو إقراضه أو إعارته أو طلاق زوجته، يكون باطلاً.

ج - التصرف المتردد بين الضرر والنفع: كالبيع والشراء، والإيجار والاستئجار، والزواج، يكون موقوفاً على إجازة الولي.

٢- الشافعية والحنابلة: جميع تصرفات الصغير المالية باطلة، سواء كان مميزاً أو غير مميز، فإن أذن له الولي، كان التصرف باطلاً أيضاً عند الشافعية، وصحيحاً عند الحنابلة.

ويترتب على حجر الصغير **عدم تسليم** أمواله إليه، حتى يبلغ راشداً، لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٤/٦].

والبلوغ: يكون إما بالأمارات الطبيعية كالاحتلام، للحديث: «رفع القلم عن ثلاثة، - ومنها - : عن الصبي حتى يحتلم»[١]، وحيض الأنثى، لقوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[٢] أو بالحبل، لأنه دليل على إنزال المرأة.

فإن لم يحصل بلوغ طبيعي فببلوغ سن معينة مختلف فيها:

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن علي وعمر رضي الله عنهما.

(٢) رواه ابن خزيمة في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها. والحائض: من بلغت سن المحيض، والخمار: ما يغطى به رأس المرأة، فدلّ ذلك على بدء تكليفها.

وهي عند أبي حنيفة ١٨ سنة للغلام، و ١٧ سنة للأنثى. وعند المالكية: تمام ١٨ سنة أو بالدخول فيها. وعند الشافعية والحنابلة بإكمال ١٥ سنة قمرية.

والرُّشد: عند الجمهور: صلاح المال، أي الخبرة المالية، ولو كان فاسقاً. وعند الشافعية: بصلاح الدين والمال، الأول: ألا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة، والثاني: أن يكون حافظاً لماله غير مبذر.

وولي المحجور عليه: هو صاحب السلطة الشرعية التي يتمكن بها صاحبها من التصرف في مال غيره، من غير توقف على إجازة أحد. وترتيب الأولياء مختلف فيه على آراء ثلاثة:

١- عند الحنفية: هو الأب ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه، ثم الوالي، ثم القاضي أو وصي القاضي.

٢- وعند المالكية والحنابلة: هو الأب الرشيد ثم وصيه، ثم الحاكم، فإن لم يكن حاكم فالولاية لجماعة المسلمين.

٣- وعند الشافعية: هو الأب، ثم الجد، ثم وصي من تأخر موته منهما، ثم القاضي أو نائبه، لحديث: «السلطان ولي من لا ولي له».

ويتصرف الولي في مال القاصر بالمصلحة وعدم الضرر، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٤].

ولا يأكل الغني من مال اليتيم، أما الفقير فله أن يأكل بالمعروف من غير إسراف، لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾ [النساء: ٤/ ٦].

وللولي عند الجمهور أن **يأذن** للقاصر في التجارة إذا أنس منه الخبرة لتدريبه على طرق المكاسب، لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٤/ ٦]، أي اختبروهم لتعلموا رشدهم.

وذهب الشافعية: إلى أنه لا يجوز للولي الإذن للقاصر بالتجارة، وإنما يسلِّم إليه المال، ويمتحن في المماكسة أو المساومة.

أثر الإذن للولد القاصر عند أبي حنيفة والمالكية: فك الحجر وجواز تصرفات المأذون في المعاوضات المالية دون التبرعات، لكن اشترط المالكية والصاحبان ألا يشتمل التصرف على غبن فاحش. وقصر الحنابلة الإذن على ما أذن للقاصر فيه فقط، فهو بمثابة التوكيل.

أثر الحجر على المجنون (وهو من زال عقله)

تبطل جميع عقوده وتصرفاته من بيع وشراء وإقرار وطلاق، وكذا جميع تبرعاته بالأولى، لأنه عديم الأهلية، لكن يسأل عن إتلاف مال غيره، ويضمن أروش (تعويضات) جناياته على نفس أو عضو أو جرح.

أثر الحجر على المعتوه (وهو قليل الفهم)

مثل الصبي غير المميز إن كان العته شديداً، فتكون تصرفاته كلها باطلة، ومثل الصبي المميز إن كان العته خفيفاً، فتصرفه الضارّ عند الحنفية والمالكية باطل، والنافع صحيح، والدائر بين النفع والضرر موقوف على إجازة وليه.

أثر الحجر على السفيه (المبذر)

في المفتى به عند الحنفية وهو رأي الصاحبين: يكون كالصبي المميز على ما تقدم، فتبرعاته باطلة، وتصرفاته النافعة صحيحة، وتصرفاته التي تحتمل الفسخ كالبيع والشراء تكون موقوفة على إجازة القيم عليه. وأما تصرفاته التي لا تحتمل الفسخ كالزواج والطلاق، فتصح منه، بقدر مهر المثل في الزواج وبطلان الزائد، وتصح وصيته بمقدار ثلث ماله إذا كانت الوصية لجهة خيرية كالفقراء والمساجد والمدارس والمشافي؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته.

ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص، وتلزمه نفقة أولاده وزوجته

وذوي رحمه، وعليه زكاة ماله، لأن السفه لا يبطل حقوق الناس. وتصح منه عباداته. ولكن لا يثبت الحجر على السفيه أو المدين إلا بقضاء القاضي.

والمالكية مثل الحنفية في جعل تصرف السفيه المحجور على إجازة وليه، فهو كالصبي المميز، لكن جعل أبو حنيفة أقصى مدة للحجر على السفيه البالغ غير رشيد هي بلوغ الخامسة والعشرين سنة، وحينئذ يسلَّم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد، حفاظاً على آدميته وكرامته، وفي هذه السن يكون الحجر إهداراً لآدميته.

والشافعية والحنابلة: يرون بطلان تصرفات السفيه المالية من معاوضات كالبيع وتبرعات كالهبة والوقف، ولكن يصح نكاحه وطلاقه ووصيته وإقراره بحد أو قصاص، وتصح عباداته، ولا يصح إقراره بدين أو بإتلاف مال أو جناية توجب المال، كجناية الخطأ والغصب، لكن يلزمه عند الحنابلة ما أقر به بعد فكّ الحجر عنه.

وتلزمه الواجبات الشرعية المالية كنفقة الزوجة والخادم ومن تلزمه نفقته. وتصح تصرفاته المالية كالبيع وتنفذ بإذن وليه عند الحنابلة، خلافاً للشافعية.

واتفق الفقهاء على أن الحجر على السفيه ورفعه لا بد له من حكم القاضي، كالمدين المفلس.

والمغفل (وهو من يغبن في البيوع ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة، لقلة خبرته) مثل السفيه يحجر عليه في المفتى به عند الحنفية عملاً برأي الصاحبين، وحكم تصرفاته كالسفيه.

ولا يحجر على الفاسق اتفاقاً بسبب الفسق من غير تبذير، لأنه أهل للولاية على نفسه وأولاده، ولأن السلف لم يحجروا على الفساق.

ويحجر أحياناً للمصلحة العامة: على الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس، أي يمنعون من ممارسة أعمالهم، لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، أو يدفع الضرر الأعلى بالأدنى.

وذلك بأن يسقي المتطبب الناس دواءً مهلكاً أو لا يقدر على إزالة ضرر دواء اشتد تأثيره على المرضى، فيمنع، لقوله ﷺ: «من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن»[1].

والمفتي الماجن أي الفاسق: وهو الذي يعلِّم الحيل الباطلة، كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لإسقاط الزكاة عنها.

والمكاري المفلس: هو الذي يتعهد نقل الناس أو البضائع بوسائل من عنده، ويأخذ الأجرة، ثم يختفي عن الأنظار، فتذهب أموال الناس، فهو محتال نصاب.

الحجر على المريض مرض الموت

مرض الموت: هو الذي يغلب بسببه الموت بحسب رأي الأطباء، أو يحدث منه الموت، ولو لم يحصل الموت به غالباً.

وعرفته المجلة (م ١٥٩٥) بأنه: المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالهما المعتادة، ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير. فإن كان يتزايد اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة. ويقال لصاحبه: المريض، ويقابله: الصحيح؛ وهو من ليس في حال مرض الموت، ولو كان مريضاً بمرض آخر.

ويحجر لحق الورثة، فتمنع تبرعاته فقط فيما زاد عن ثلث تركته، حيث لا دين، أي تكون تبرعاته كهبة ووصية ووقف وبيع محاباة، وبيع مشتمل على غبن نافذة من الثلث فقط، ويتوقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة، فإن برئ من مرضه، صح تبرعه.

وهذا رأي الجمهور، وقصر المالكية النفاذ من الثلث على ما لا يخشى تغيره،

(١) رواه أبو داود والنَّسائي وابن ماجه والحاكم عن ابن عمرو رضي الله عنهما.

وهو العقار كدار وأرض وشجر. أما ما يخشى تغيره كالمنقولات فلا ينفذ ويتوقف، ولو كان أقل من الثلث، حتى يظهر حاله من موت أو حياة.

ويمنع عند المالكية تصرفه أيضاً فيما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والكسوة والتداوي، كما يمنع من الزواج بما زاد على الثلث.

ولا يمنع من المعاوضات المالية كبيع وشراء وقراض (مضاربة) وقرض ومساقاة وإجارة، إلا إن كان فيها محاباة. فإن مات المريض، نفذ تصرفه من التبرعات في ثلث ماله، وإن عاش نفذ تصرفه من رأس ماله كله.

وله الزواج عند الحنفية في حدود مهر المثل، والزائد عنه تبرع في حكم الوصية، وتنفذ تصرفاته المتعلقة بالنفقات الضرورية اللازمة لمعيشته.

وللمريض أن **يقر بدين** لأجنبي أو لوارث، وإقراره للأجنبي نافذ دون حاجة لإجازة الورثة، لكن يقدم عليه عند الحنفية دين الصحة.

الحجر على الزوجة

يحجر على الزوجة في رأي المالكية في التبرع من مالها فيما يزيد على ثلث مالها، قياساً على المريض. ويكون تبرعها في الزائد عن الثلث نافذاً، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه، على المشهور عندهم.

وينفذ جميع ما تبرعت به، إن لم يعلم الزوج بتبرعها حتى بانت منه بطلاق، أو علم وسكت، أو مات أحدهما.

وليس للزوجة بعد الثلث تبرع إلا أن يبعد ما بين التبرعين بنصف عام، على المعتمد عندهم.

ودليلهم أخبار مثل: «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها، إذ هو مالك عصمتها»[1].

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن (الخمسة) إلا الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (انظر نيل الأوطار ١٨/٦).

وأما بقية المذاهب (الجمهور) فلم يقرروا هذا الحجر، وقرروا أن للمرأة حرية التصرف بمالها تبرعاً أو معاوضة، لقوله ﷺ: «يا معشر النساء، تصدقن ولو من حليكن»[١]. وأنهن تصدقن، ولم يسأل ولم يستفصل، وهذا هو المشهور في الإسلام أن للمرأة ذمة مالية مستقلة عن زوجها.

الحجر على المدين المفلس

المفلس **عرفاً**: هو المعدم، الذي لا مال له. **وشرعاً**: من لا يفي ماله بدينه، أو الذي أحاط الدين بماله. وللفقهاء في مشروعية الحجر على المدين المفلس رأيان:

١- يرى **أبو حنيفة**: أنه لا حجر على المفلس في الدين، لأن مال الله غادٍ ورائح، كما لا حجر على السفيه (المبذر) إذا بلغ خمساً وعشرين سنة، لأن في الحجر إهداراً لحريته وإنسانيته وأهليته، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن.

فتنفذ تصرفاته، ولا يباع ماله جبراً عنه، وإنما يؤمر بسداد ديونه، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء، وإن امتنع عن الأداء، حبس حتى يسدد دينه أو يبيع ماله بنفسه. وشرع حبسه دفعاً لظلمه.

٢- وقال **جمهور الفقهاء** والصاحبان وبرأيهما يفتى لدى الحنفية: يجوز الحجر على المدين المفلس في تصرفاته المالية، حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع، «لأن النبي ﷺ حجر على معاذ، وباع ماله في دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم، فقال لهم النبي ﷺ: ليس لكم إلا ذلك»[٢].

---

(١) رواه الترمذي عن زينب زوجة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٢) رواه الدارقطني والخلال، وصحح الحاكم بإسناده.

توقف الحجر على المدين على قضاء القاضي

ذهب جمهور الفقهاء (غير المالكية) أنه لا يحجر على المدين إلا بقضاء القاضي، فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة، وإذا حجر عليه، منع من جميع التصرفات **الضارة** بالدائنين وهي التبرعات والمعاوضات المالية، والإقرار بالدين حال الحجر، ويبيع الحاكم ماله، ويقسم ثمنه على الغرماء.

لكن اشترط الحنفية شرطين للحجر على المدين: أن يكون دينه مستغرقاً أمواله، وأن يطلب الغرماء الحجر عليه.

وشرط الشافعية والحنابلة شرطين أيضاً كالشرطين السابقين: أن تكون ديونه الحالَّة تزيد على ماله، وأن يطلب الغرماء الحجر عليه.

وأما المالكية فقالوا: إذا حكم الحاكم بتفليس المدين، أي بخلع ماله لغرمائه (أي نزع ماله منه وإعطائه للدائنين) فله ذلك، لعجز المدين عن قضاء ما لزمه من الديون.

ولا تتحقق هذه الحالة إلا بشروط ثلاثة كما ذكر بقية الفقهاء: أن يطلب جميع الغرماء أو بعضهم الحجر، وأن يكون الدين حالاًّ، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل، وأن يكون الدين زائداً على ماله.

أثر الحجر على المفلس

للحجر على المفلس أحكام أو آثار هي:

١- تعلُّق حق الغرماء بعين ماله ومنعه من التصرف بماله: أي تصبح ديون الدائنين متعلقة بمال المفلس كالرهن، فلا ينفذ تصرفه بما يضرهم، وتبطل تبرعاته كالهبة والصدقة، ولا يقبل إقراره بعد التفليس بشيء من ماله.

٢- تحل عليه الديون المؤجلة: كما تحل بالموت عند الحنفية والمالكية في المشهور، لخراب الذمة في الحالتين. ويرى الشافعية والحنابلة: أنه لا يحل الدين

المؤجل بفلس من هو عليه، لأن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط كسائر حقوقه، على عكس الموت فإن ذمة الميت تخرب بموته.

٣- ملازمة المدين وحبسه: يرى أبو حنيفة وصاحباه: أن للدائنين ملازمة المدين، فيذهبوا معه حيثما ذهب، ولكن لا يحبسونه في مكان خاص، ولا يمنعونه من التصرف والكسب والسفر حال الملازمة.

ويرى زفر والمالكية والشافعية والحنابلة: أنه ليس لأحد مطالبة المدين وملازمته، إذا ثبت إعساره، بل يمهل إلى الميسرة، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠].

وأما حبس المدين: فإن كان معسراً فيمهل إلى وقت اليسار، عملاً بقاعدة إنظار المعسر (نظرة الميسرة). وإن كان مماطلاً في الوفاء، وله مال يفي بدينه في الحال، حبسه الحاكم، لقوله ﷺ: «لَيُّ الواجد ظلم، يحل عرضه وعقوبته»[1]، والليّ: المطل، والواجد: الغني، من الوَجْد وهو القدرة. وعرضه: شكايته، وعقوبته: حبسه.

وأباح الحنفية مطلقاً للقاضي حبس المدين إذا كان غنياً أو اشتبه حال يساره وإعساره، فإذا حبسه شهرين أو ثلاثة أشهر، ولم يظهر له مال في تلك، أطلق سراحه، وكذا إن أقام البينة على أن لا مال له، خلى سبيله، للآية الكريمة: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠].

٤- بيع مال المدين المحجور عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء: أي بنسبة ديونهم، ويكون البيع فوراً بعد الحجر، لئلا يطول زمن الحجر عليه. ويستحب للقاضي أن يحضر المفلس أو وكيله وقت البيع، للاطلاع على ما يجري.

ويباع الشيء بالمزايدة، ويترك للمفلس ما يحتاجه من ثياب معتادة، وقوت له

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا الترمذي عن عمرو بن الشريد عن أبيه.

ولعياله بحسب الحاجة ولو بعد الحجر عند الحنفية، ولمدة أيام عند المالكية، وإلى الفراغ من القسمة فقط عند الشافعية والحنابلة. وتترك له آلة صنعته، ويترك للعالم كتبه التي يحتاج إليها، ويترك له مسكنه وخادمه.

ولا يترك له المسكن والخادم عند الشافعية.

ولم يجز أبو حنيفة خلافاً لصاحبيه بيع عروض المدين وعقاره.

٥- استرداد الدائن عين ماله الذي وجده في مال المفلس: أجاز الجمهور (غير الحنفية) بعد الإفلاس لمن وجد عين ماله عند المدين أن يسترده، ويفسخ البيع في السلعة التي باعها بعينها، لحديث أبي هريرة: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره»[١].

ولم يجز الحنفية حق الاسترداد، ويكون المتاع من حق جميع الغرماء، لما رواه الخصاف بإسناده أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه، فهو أسوة غرمائه». وتأولوا حديث أبي هريرة بأن المشتري كان قد قبض المبيع بشرط الخيار للبائع.

رفع الحجر عن المحجورين

يختلف الحكم بحسب نوع الحجر:

فإن كان الحجر على **السفيه** فيرتفع عنه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، لكن عند الأكثرين لا بد من قرار القاضي برفع الحجر، لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر.

ويرفع الحجر عن **المغفل** إذا ظهرت خبرته واهتدى إلى حسن التصرف بحكم القاضي أيضاً.

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ويرفع الحجر عن **المجنون والمعتوه** من دون حكم القاضي بالاتفاق إذا شفي.

وأما **الصغير**: فإن كان **غير مميز** فيرفع الحجر عند الحنفية والمالكية عن بعض تصرفاته بإتمام سن السابعة، وإن كان مميزاً فيرفع الحجر عنه عند الجمهور (غير الشافعية) بإذن الولي له بالتجارة، أو ببلوغه عاقلاً رشيداً من غير حاجة إلى ترشيد عند الجمهور. وذهب المالكية إلى أن الصغير الذي له أب يزول الحجر عنه بغير حكم الحاكم ومن غير ترشيد. أما الذي عليه وصي من الأب فيزول حجره بترشيد منه من غير إذن الحاكم، وكذا إذا كان عليه وصي من القاضي يكره ترشيده من القاضي. والترشيد: أن يقول الوصي أمام العدول: اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان، وأطلقت له التصرف، لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه.

تعلُّق الدين بالتركة

يتعلق الدين بالتركة في أمور ثلاثة:

الأول - حلول الديون المؤجلة بالموت: يرى أئمة المذاهب الأربعة أن الديون المؤجلة تحل بالموت، كما تحل عند الحنفية والمالكية بالتفليس. قال الزهري: مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات.

الثاني - كيفية تعلُّق الدين بالتركة: يرى أكثر العلماء أن الدين يبقى في ذمة الميت كما كان، ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه، أو كتعلُّق الدين بالمرهون، لأنه أحوط للميت.

فمن باع سلعة ثم مات المشتري قبل أداء الثمن، كان البائع عند الشافعية أحق بها، مثل حالة الإفلاس، عملاً بحديث أبي هريرة المتقدم في رواية ابن أبي: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به».

وقال الجمهور: يستوي جميع الغرماء في استحقاق المتاع بعد موت المشتري، خلافاً لحالة الإفلاس عند المالكية والحنابلة، عملاً بحديث أبي بكر بن عبد

الرحمن: أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجد متاعه بعينه فهو أحق به، وإن مات **المشتري** فصاحب المتاع أسوة الغرماء»[١]. قال الشوكاني: فيه دليل على أن المشتري إذا مات، والسلعة التي لم يسلِّم المشتري ثمنها باقية، لا يكون البائع أولى بها، بل يكون أسوة الغرماء، وإلى ذلك ذهب مالك وأحمد، وقال الشافعي: البائع أولى بها، واحتج بقوله في حديث أبي هريرة: «من أفلس أو مات..» إلخ ورجحه الشافعي على المرسل المذكور في الباب[٢].

الثالث - منع الدين نقل التركة إلى الورثة: يرى الشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم أن تعلُّق الدين بالتركة لا يمنع الإرث، لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون، وحق الدائن بمال المفلس، وحق المجني عليه بمال الجاني، فحق هؤلاء لا يمنع من نقل الملك إلى الورثة.

وفي رأي مرجوح عندهم: أن الدين يمنع نقل التركة إلى الورثة، لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ٤/١١]، أي من بعد إعطاء وصية أو إيفاء دين إن وجد، فجعل التركة من بعد الدين والوصية، فلا يثبت للورثة الملك قبلهما.

(١) رواه مالك في الموطأ وأبو داود، وهو مرسل، وقد أسنده أبو داود من وجه ضعيف (نيل الأوطار ٥/ ٢٤٢).

(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢٤٤

الملكية وتوابعها

الملكية وتوابعها

البحث في الملكية يتناول تعريفها، ومدى قابلية المال للتملك وعدمها، وأنواع الملك وأسبابه، وبعد إيفاء هذه المعلومات، أبحث موضوع التوابع.

تعريف الملكية

الملكية أو الملك في **اللغة** هو: حيازة الإنسان للمال والاستبداد به، أي الانفراد بالتصرف فيه.

والملك: اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكِّن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي. أي إن الملك يفيد الاستئثار بالشيء ويمنح صاحبه صلاحية التصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها.

والاختصاص بالشيء يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا بمسوغ شرعي يبيح له ذلك كالولاية أو الوصاية ونحوها.

وبعبارة أخرى: الملكية أو الملك: علاقة بين الإنسان والمال أقرَّها الشرع تجعله مختصّاً به، ويتصرف فيه بكل التصرفات، ما لم يوجد مانع من التصرف.

ويطلق الملك على هذه العلاقة، وعلى الشيء المملوك، تقول: هذا الشيء ملكي، أي مملوكي.

والملك أعم من المال؛ لذا وصف الحنفية المنافع والحقوق بأنها ملك وليست مالاً. وعند غيرهم تعد هذه أموالاً.

قابلية المال للتملك وعدمها

المال في هذا الشأن أنواع ثلاثة:

١- ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال: وهو ما خصص للنفع العام، كالطرق العامة والجسور والحصون ووسائط النقل العام والأنهار والمتاحف،

والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها. فإذا زالت عنها هذه الصفة العامة كأن استغني عن الطريق جاز تملكه.

٢- ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي: كالأموال الموقوفة وأملاك الدولة، لا يتملك إلا برأي الدولة لضرورة أو مصلحة راجحة.

٣- ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً دون قيد: وهو ما عدا النوعين السابقين، كالأموال الخاصة.

أنواع الملك وأسبابه

الملك التام

هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً، ويثبت فيه للمالك جميع الحقوق المشروعة. فهو ملك مطلق لا يتقيد بزمان محدود، ولا يقبل الإسقاط (إسقاط ملكيته) وإنما يقبل النقل من مالك إلى آخر.

ولصاحبة السلطات أو الصلاحيات التامة من استعمال واستثمار وتصرف كما يشاء، كالبيع والهبة والوقف والوصية والإجارة والإعارة.

ولا ضمان على المالك إذا أتلف ما يملكه، ولكن يأثم ديانة، وقد يؤاخذ قضاء، فيحجر عليه إذا ثبت السفه.

والملك الناقص

هو ملك العين وحدها أو المنفعة وحدها. وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع كالموصى له بمنفعة شيء مدة حياته، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً، وهو ما يسمى بحق الارتفاق.

خواص حق المنفعة الشخصي

١- يقبل **التقييد** بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه، على عكس الملك التام.

٢- لا يقبل **التوارث** عند الحنفية، خلافاً للجمهور، فلا تورث المنفعة عند الحنفية، لأن المنفعة ليست مالاً لديهم. وعند الجمهور تورث المنفعة في المدة المستحقة الباقية للمنتفع، لأن المنافع أموال لديهم.

٣- لصاحب حق المنفعة تسلم **العين** المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها، ومتى تسلمها تكون أمانة في يده، فيحافظ عليها كماله، ولا يضمنها إذا هلكت إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها.

٤- نفقات العين على المنتفع بها مجاناً كالإعارة، وعلى مالك العين إن كان الانتفاع بعوض كالإجارة.

٥- تسليم العين إلى مالكها بعد الانتفاع بها يكون على المنتفع إلا إذا تضرر، كتأخر موسم الحصاد في أرض مستأجرة أو معارة، فله إبقاؤها بيده حتى الحصاد.

انتهاء حق المنفعة: ينتهي حق المنفعة لأنه مؤقت بما يأتي:

١- انتهاء مدة الانتفاع المحددة.

٢- هلاك العين المنتفع بها كانهدام الدار أو تعيبها بحيث تصير غير صالحة للانتفاع كصيرورة الأرض سبخة أو ملحة.

٣- وفاة المنتفع: في رأي الحنفية، لأن المنافع لا تورث عندهم.

٤- وفاة مالك العين في حال الإعارة أو الإجارة في رأي الحنفية. ولا تنتهي عند الجمهور الإعارة أو الإجارة بموت أحد العاقدين.

خواص حق المنفعة العيني (حق الارتفاق)

حق الارتفاق: حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر، مملوك لغير مالك العقار الأول، وهو حق دائم ما بقي العقاران.

ولحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة، فالأحكام العامة أن هذه الحقوق تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فيزال السيل القذر من الطريق العام، ويمنع حق الشِّرْب إذا أضرَّ بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر، كالسرعة الفائقة أو في الاتجاه المعاكس.

وتبقى هذه الحقوق للناس جميعاً بلا استئذان من أحد عند الجمهور.

والأحكام الخاصة: فتعرف فيما يأتي من بيان أنواع حقوق الارتفاق:

١- **حق الشِّرْب**: هو النصيب المستحق من الماء لسقي الزروع والشجر،

ويلحق به حق الشَّفَة: وهو حق شرب الإنسان والدّواب والاستعمال المنزلي.

والماء في هذا الحق أربعة أنواع:

أ - ماء الأنهار العامة، كالنيل ودجلة والفرات ونحوها: لكل واحد الانتفاع به، لنفسه ودوابه وأراضيه، بشرط عدم الإضرار بالغير، لحديث: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار»[١] وفي رواية: «والملح»، وحديث: «لا ضرر ولا ضِرار»[٢].

ب - ماء الجداول والأنهار الخاصة المملوكة لشخص: يثبت فيها كالنوع الأول حق الشفة، وليس لغير مالكه سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى.

جـ - ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص: يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب، فإن أبى المالك من ذلك، جاز قتاله لأخذ الحاجة.

د - الماء المحرز في أوانٍ خاصة: كالجرار والصهاريج، لا حق لأحد فيها عدا صاحبها إلا برضا صاحب الماء، لكن المضطر إلى هذا الماء له أخذ ما يحتاج إليه ودفع ثمنه، لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

٢- **حق المجرى**: هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها. مع العلم أنه ليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه، دفعاً للضرر عنه.

وليس لصاحب الأرض أيضاً أن ينقل المجرى من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه، ولهم الحق في ترميمه، ومنع تسرب الماء منه، وتعميقه، وتقوية جانبيه.

وإذا كان المجرى مشتركاً بين جماعة، فليس لأحدهم سده إلا برضا الجميع على أن يسده كل واحد في نوبته.

وحق المجرى قديم يترك على حاله، لقاعدة «القديم يترك على قدمه» ولا يُزال إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض لقاعدة: «الضرر لا يكون قديماً».

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن ابن عباس، والطبراني عن ابن عمر.

(٢) رواه مالك وأحمد وابن ماجه عن ابن عباس، وهو حديث حسن.

وإحداث مجرى جديد في طريق عام يكون بإذن الدولة، لمنع الضرر. وفي أرض مملوكة لغيره يكون بإذن المالك، ولكن ليس للمالك الممانعة ما لم يضر به.

٣- **حق المسيل**: هو مجرى على سطح الأرض، لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع، كمصارف الماء المستعمل في المنزل.

والفرق بين المسيل والمجرى: أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار.

وحكمه مثل حق المجرى، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بيِّن.

ونفقات إصلاح المسيل على المنتفع به، إذا كان في ملكه أو ملك غيره. فإن كان في أرض عامة، فنفقة الإصلاح على الدولة.

٤- **حق المرور**: هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه، سواء كان الطريق عاماً أو خاصاً.

فإن كان الطريق عاماً: فيحق لكل إنسان الانتفاع به، لأنه من المباحات ولا يتقيد الانتفاع إلا بشرطين:

الأول: السلامة وعدم الإضرار بالآخرين، لأنه لا ضرر ولا ضرار.

الثاني: الإذن فيه من الحاكم.

وأما إن كان الطريق خاصاً: فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله أو المشتركين فيه، فليس لغيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا بإذن منهم، ولكل الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام.

وليس للمنتفعين به الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم، حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن، كإحداث شرفة أو ميزاب.

٥- **حق الجوار**: الجوار نوعان: علوي وجانبي.

أما حق التعلي: فهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل.

وأما حق الجوار الجانبي: فهو الثابت لكل من الجارين على الآخر.

حكمها: لصاحب **حق التعلي**: حق القرار على الطبقة السفلى، وهو حق دائم

ثابت للعلوي، وليس للعلوي أو السفلي أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر. وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء، ويرجع على الآخر بالنفقات إذا بني بإذن القاضي أو بإذن السفلي، فإن بني من غير إذن، رجع بقيمة البناء وقت تمامه، لا بما أنفق؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق.

والسقف بين الطابقين لصاحب السفل في رأي المالكية، وهو مشترك بينهما في رأي الشافعية، كالجدار بين الملكين، لاشتراكهما في الانتفاع به.

وحق التعلي لا يباع عند الحنفية استقلالاً، لأنه ليس بمال، ويجوز بيعه استقلالاً عند بقية الفقهاء، لأن الحقوق أموال عندهم.

وليس لأحدهما في رأي أبي حنيفة والشافعية أن يحدث في بنائه أي تغيير كدق وتد وفتح نافذة أو رفع جدار إلا برضا صاحب العلو، وإن لم يضر به. وعند الصاحبين: الأصل في تصرف الجار الإباحة، لأنه تصرف في ملكه، والملك يقتضي إطلاق التصرف إلا إذا لحق بسببه ضرر بالغير، فيمنع معه حينئذ، وهذا هو المفتى به عند الحنفية، وهو رأي المالكية والحنابلة أيضاً، وهذا الاتجاه هو الأساس فيما يسمى بالتعسف في استعمال الحق، فيمنع كل ضرر فاحش أو مشكل، لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

ولصاحب الجوار الجانبي: حق واحد، وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضرراً فاحشاً بيِّناً: وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يكون سبباً لهدم البناء أو إضعافه.

والجدار المشترك بين الجارين: ينطبق عليه الخلاف السابق في حق التعلي بين الفريقين، ففي رأي أبي حنيفة والشافعية لا ينتفع به أحدهما إلا بإذن الآخر.

وفي رأي الصاحبين المفتى به ورأي المالكية والحنابلة: ينتفع كل واحد به ما لم يترتب عليه ضرر بيِّن فاحش بالجار الآخر، لأنه «لا ضرر ولا ضرار».

ما يتعلق بحقوق الارتفاق من أحكام

أولاً- الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي

هناك فروق ثلاثة:

١- حق الارتفاق: يكون دائماً مقرراً على عقار. أما حق الانتفاع فقد يتعلق بعقار كالوقف والوصية والإجارة والإعارة، وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة.

٢- حق الارتفاق: مقرر لعقار إلا حق الجوار، فقد يتعلق بشخص أو عقار، أما حق الانتفاع فهو دائماً مقرر لشخص معين.

٣- حق الارتفاق: حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك، وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة.

ثانياً - أسباب حقوق الارتفاق

١- الاشتراك العام: كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها، بالمرور والسقي والصرف الصحي الزائد عن الحاجة، لأن هذه المنافع شركة بين الناس، فلهم حق الانتفاع بها، بشرط عدم الإضرار بالآخرين.

٢- الاشتراط في العقود: كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بالأرض أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له.

٣- التقادم: يثبت حق الارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى، لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع، حملاً لأحوال الناس على الصلاح، حتى يثبت العكس.

ثالثاً - خصائص حقوق الارتفاق

سبق الكلام عنها وبيان أحكامها العامة والخاصة.

أسباب الملك التام

للملك التام أسباب أو مصادر أربعة هي: الاستيلاء على المباح، والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك.

١- الاستيلاء على المباح

المباح: هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه، والكلأ والحطب والشجر في البراري، والصيد، ومزاياه هي:

أ - أنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد، وبقية أسباب الملكية الأخرى كالعقد والميراث ونحوهما مسبوقة بملكية أخرى، فهي سبب ناقل.

ب - وسبب فعلي لا قولي: يتحقق بوضع اليد أو بالفعل، فيصح من كل إنسان، ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه. أما العقد فقد لا يصح كصدوره من هؤلاء، أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى، وهو سبب قولي.

شرطا التملك بالاستيلاء

الأول - ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر، لأن من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو له، بالحديث الثابت.

الثاني - قصد التملك: فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه، لا يتملكه، كوقوع طائر في حجر إنسان، لا يتملكه، ومن نشر شبكته، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها، وإن كان للتجفيف لم يمتلك ما يقع فيها، لأن «الأمور بمقاصدها».

أنواع الاستيلاء على المباح

الأول- إحياء الموات: هو استصلاح الأراضي البور، والموات: ما ليس مملوكاً من الأرضين، ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع، وتكون خارجة عن البلد. فلا يكون مواتاً: ما كان ملكاً لأحد الناس أو ما كان داخل البلد، أو خارجاً عنها، ولكنه مرفق لها، كمحتطب لأهلها، أو مرعى لأنعامهم.

وسيأتي بيان أحكام هذا النوع.

الثاني - الاصطياد: الصيد: هو وضع اليد على شيء مباح غير مملوك لأحد، ويتم إما بالاستيلاء **الفعلي** على المصيد وهو الإمساك، أو بالاستيلاء **الحكمي**: وهو اتخاذ فعل يعجز الطير أو الحيوان أو السمك عن الفرار، كاتخاذ حياض لصيد الأسماك، أو شباك، أو حيوانات مدربة على الصيد كالجوارح المعلمة والكلاب المدربة.

والصيد حلال إلا إذا كان الصائد محرماً بحج أو عمرة، أو كان المصيد في حرم مكة أو المدينة، قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَـٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٥/٩٦].

والصيد أحد أسباب الملكية، لكن يشترط في الاستيلاء الحكمي لا الحقيقي قصد التملك، لقاعدة: «الأمور بمقاصدها» فمن نصب شبكة، فتعلق بها صيد، فإن كان قد نصبها للجفاف، فالصيد لمن سبقت يده إليه، وإن كان قد نصبها للصيد ملكه صاحبها.

الثالث - الاستيلاء على الكلأ والآجام:

الكلأ: الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع، لرعي البهائم.

والآجام: الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة.

وحكم الكلأ: أنه لا يملك، وإن نبت في أرض مملوكة، بل هو مباح للناس جميعاً، لعموم الحديث السابق: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والكلأ والنار».

وأما الآجام: فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة، فمن استولى عليها تملكها، لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار، رعاية للمصلحة العامة. أما الموجودة في أرض مملوكة فهي ملك لصاحب الأرض.

الرابع- الاستيلاء على المعادن والكنوز:

المعادن: ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة كالذهب والفضة والحديد.

والكنز: ما دفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال، سواء في الجاهلية أو في الإسلام.

وسيأتي بيان أحكامها في بحث الإقطاع.

٢- العقود الناقلة للملكية

وهي إما اختيارية (رضائية) وإما جبرية.

أما **العقود الاختيارية**: **فهي** كالبيع والهبة والوصية، يترتب عليها نقل الملكية.

وأما **العقود الجبرية**: **فهي** إما صريحة كبيع مال المدين جبراً عنه، أو مفترضة كالشفعة ونزع الملكية.

والصريحة: هي التي تجريها السلطة القضائية مباشرة، بالنيابة عن المالك الحقيقي، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، وبيع المال المحتكر.

والمفترضة تشمل حالتين:

١ - الشفعة: هي عند الحنفية حق الشريك أو الجار في تملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات. وعند الجمهور هي حق للشريك فقط.

٢ - الاستملاك للصالح العام: هو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو للصالح العام كتوسيع مسجد أو طريق ونحوهما.

٣- الخَلَفية

هي أن يخلف شخص غيره فيما يملكه، وهي نوعان:

الأول - خلفية شخص عن آخر، وهي الإرث. يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال.

الثاني - خلفية شيء عن شيء، وهي التضمين، أي إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره، أو غصب منه شيئاً فتلف أو ضاع، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب.

٤- التولد من المملوك

معناه: أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل، لأن

مالك الأصل هو مالك الفرع، سواء كان التولد بفعل مالك الأصل، أو بالطبيعة والخلقة.

فمن غصب أرضاً وزرعها، ملك الزرع عند الجمهور، لأنه نماء بذره وهو ملكه، وعليه كراء الأرض. وعند الحنابلة يكون الزرع لمالك الأرض لقوله ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته»[١].

توابع الملكية

تشمل بحث أحكام الأراضي، وإحياء الموات، وأحكام المعادن، وحقوق الارتفاق، وعقود استثمار الأراضي (المزارعة والمساقاة والمغارسة) والقسمة، والغصب والإتلاف، ودفع الصائل، واللقطة واللقيط، والمفقود، والسبق، والشفعة، وذلك في اثني عشر مبحثاً.

المبحث الأول
أحكام الأراضي

الأراضي في الإسلام إما جديدة، وإما قديمة، والجديدة: هي الأراضي التي استولى عليها المسلمون بالفتح، والقديمة: هي التي استقر بها المسلمون ولازمت وجودهم.

أولاً - الأراضي التي استولى عليها المسلمون بالفتح

١- الأراضي المفتوحة عنوة

أي قهراً، وطريق تملكها فيه آراء ثلاثة للفقهاء:

١- المالكية والحنابلة: يرون أن هذه الأراضي تنتقل ملكيتها إلى الفاتحين بمجرد الاستيلاء عليها.

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) إلا النَّسائي من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه، قال البخاري: هو حديث حسن.

٢- الشافعية: تملك الأراضي والمنقولات بالاستيلاء والقسمة بالتراضي أو باختيار تملكها.

٣- الحنفية: تنتقل ملكية هذه الأراضي بالضم إلى دار الإسلام أو حيازتها فعلاً وجعلها جزءاً من دار الإسلام.

ومواتها كموات الأرض المفتوحة صلحاً يملك بالإحياء، اتفاقاً.

ومالك هذه الأرض بعد الاستيلاء عليها فيه آراء أربعة:

- يرى **الحنفية**: أن الإمام بالخيار: إن شاء قسمها بين المسلمين، كما فعل الرسول ﷺ بخيبر، وإن شاء أقر أهلها عليها ووضع الجزية على الأشخاص والخراج على الأراضي، فيكون أهلها أهل ذمة أي عهد.

- ويرى **المالكية**: أنها تصبح وقفاً على المسلمين بمجرد حيازتها، دون أن تحتاج إلى وقف الإمام، ولا تكون ملكاً لأحد، ويصرف خراجها في مصالح المسلمين العامة كأرزاق الجند وبناء القناطر والمساجد وغيرها من سبل الخير، إلا أن يرى الإمام في وقت ما قسمتها.

- وذهب **الشافعية**: إلى أنها تنتقل ملكيتها إلى المسلمين كالغنائم، الخمس لمن ذكرتهم الآية: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٨/٤١]، والأربعة الأخماس الباقية للغانمين، إلا إن طابت نفوسهم بها بعوض أو غيره، فيقفها ولي الأمر على مصالح المسلمين العامة.

- وذهب **الحنابلة**: إلى أن الإمام يفعل ما يراه الأصلح من قسمتها ووقفها، مقابل خراج دائم يفرض عليها، وتكون أرضاً عشرية خراجية، العشر على المستثمر، والخراج على رقبة الأرض.

ولكل مذهب أدلته من القرآن والسنة.

أما **الحنفية والحنابلة** فقالوا: إن آية الفيء: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَـٰكِنَّ ٱللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُۥ عَلَىٰ مَن يَشَآءُ ۚ وَٱللَّهُ عَلَىٰ

كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ۝ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٥٩/٦ - ١٠] مخصصة لآية الغنائم: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٨/٤١]، الأولى في الأراضي والثانية في المنقولات، فيخير الإمام بين وقف الأرض أي عدم قسمتها بين الغانمين، وبين قسمتها أو تخميسها، فيجمع بين الآيتين.

والرسول ﷺ عمل بآية الأنفال أو الغنائم، وعمر عمل بآية الفيء، وليس فعل الرسول ﷺ براد لفعل عمر، لأن فعل الرسول ﷺ إما على سبيل الإباحة، وإما على سبيل الوجوب، فهو واجب مخير.

وأما **المالكية** فدليلهم العمل بالمصلحة العامة لتحقيق فائدة الأمة الإسلامية، وبرأي عمر رضي الله عنه الذي احتج بآية الحشر، وقال: «استوعبت هذه الآية الناس إلى يوم القيامة»(١). وقال أيضاً: «والله ما من أحد من المسلمين إلا وله حق في هذا المال، أعطي منه أو منع، حتى راعٍ بعدن»(٢). أي إن هذه الآية شملت جميع المؤمنين، وشرَّكت آخرهم بأولهم في الاستحقاق، ولا سبيل إليه إلا بعدم قسمة الأرض، وهو معنى وقفها عند المالكية، وليس معناه الوقف الذي يمنع من نقل الملك في الرقبة (ذات الأرض) بل يجوز بيع هذه الأرض، كما هو عمل الأمة، وتورث أيضاً.

ويؤيد ذلك أن الرسول ﷺ لم يقسم أموال مكة التي فتحت عنوة، ولا أموال بني قريظة وبني النضير، ودور أخرى للعرب، ولم يقسم غير خيبر، فكان الإمام بالخيار بين القسمة وتركها.

وأما **الشافعية**: فاستدلوا بآية الغنائم: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ﴾ [الأنفال: ٨/٤١] وهي تدل على وجوب القسمة، كما فعل الرسول ﷺ في خيبر.

---

(١) رواه أبو داود.

(٢) رواه ابن أبي شيبة والبيهقي.

وأما آية الحشر: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ﴾ فهي في الفيء أي الأموال الآيلة للمسلمين من دون قتال.

وإذا لم يقسم الإمام استطاب أنفس الغانمين، كما فعل النبي ﷺ يوم حنين في سبي هوازن وفي خيبر وبني قريظة، وكما فعل عمر بعد فتح سواد العراق.

٢- الأرض التي جلا عنها أهلها خوفاً

هذه أرض الفيء: وهو المال الذي حصل من الحربيين بلا قتال ولا سلاح. وحكمها: أنها تنتقل ملكيتها إلى بيت المال بالاستيلاء عليها، وتصير أملاك دولة. وعبر عنها الفقهاء بصيرورتها وقفاً، أي ملكاً للأمة الإسلامية بمجرد الاستيلاء عليها، ويضع الإمام الحاكم عليها خراجاً، كأجرة ممن يعامل عليها من مسلم أو معاهد. وصيرورتها وقفاً لأنها ليست غنيمة بالمعنى الشائع، ودليلهم قول عمر رضي الله عنه: «كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله، مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب، فكانت للنبي ﷺ خاصة، فكان ينفق على أهله بنفقة سنة وما بقي يجعله في الكُراع - الخيول - والسلاح عدة في سبيل الله»[1].

هذا هو حكمها عند الجمهور سواء كانت عقاراً أو منقولاً، ويصرف ريعها لمصالح المسلمين.

أما الشافعية: فجعلوا العقار والمنقول غنيمة تخمس، لأن آية الفيء: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ﴾ مطلقة، وآية الغنيمة: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ مقيدة، فيحمل المطلق على المقيد، جمعاً بين الآيتين، لاتحاد الحكم: وهو رجوع المال من الحربيين للمسلمين، وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه.

٣- الأرض التي فتحت صلحاً

يحدد حكمها عقد الصلح، فإن كانت الأرض للمسلمين، صارت وقفاً عاماً،

---

(١) رواه مالك بن أنس رحمه الله.

كأرض العنوة، وتعد من بلاد الإسلام كالأرض التي جلا عنها أهلها، لأن النبي ﷺ فتح خيبر، وصالح أهلها على أن يعمروا أرضها، ولهم نصف ثمرتها، فكانت للمسلمين دونهم[١].

وأما إن كانت الأرض لأهلها بمقتضى الصلح كأرض اليمن والحيرة، فهي ملك لهم اتفاقاً، ويوضع الخراج (ضريبة الأرض) عليها يؤدونه عنها، ويكون لبيت المال الإسلامي، وله حكم الجزية يسقط عند الجمهور متى أسلموا، لما كتب عمر بن عبد العزيز رحمه الله لعماله: «ولا خراج على من أسلم من أهل الأرض».

ولا يسقط عند الحنفية، لأن الخراج في رأيهم فيه معنى المؤنة والعقوبة، ولذا يبقى على المسلم ولا يبتدأ به.

وتصير دارهم عند الجمهور دار إسلام، وأهلها أهل ذمة تؤخذ منهم الجزية، وهي عند الشافعية وأبي يعلى من الحنابلة دار عهد أو صلح.

ثانياً - الأراضي الإسلامية الإقليمية

الأراضي المملوكة

هي التي ملكها أصحابها بأحد أسباب الملكية المعروفة، وحكمها: أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها، وهي ملك له، وإن طال الزمان على خرابها بسبب انقطاع مائها مثلاً، ويجوز له بيعها وهبتها وإجارتها، وتورث عنه إذا مات. وذلك إذا عرف صاحبها، فإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة.

لكن الكلأ (العشب) النابت فيها يكون مباحاً للناس، فهو غير مملوك لأحد، إلا إذا قطعه صاحب الأرض، فيتملكه بالاستيلاء عليه، للحديث المتقدم:

---

(١) رواه البخاري والبيهقي وأبو داود من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

«الناس شركاء في ثلاث - أو أربع -: الماء والكلأ والنار والملح»[١]. فإن استنبته المالك ملكه.

والمروج غير مملوكة والآجام (الأشجار الكثيرة الملتفة) والسمك وسائر المباحات كالطيور، تعد في حكم الكلأ. وأما الحطب والقصب في الأرض المملوكة فهو للمالك.

والأراضي المباحة

١- نوع من مرافق البلد للاحتطاب ورعي المواشي ونحو ذلك، يكون ملكاً عاماً، ولا يجوز للحاكم أن يقطعه لأحد، منعاً من إضرار أهل البلد، وينتفع جميعهم بما فيه من حطب وقصب، دون منعه عن غيرهم، لأنه ليس مملوكاً لهم.

٢- نوع ليس من مرافق البلد وهو الأرض الموات أو ما يسمى بأملاك الدولة العامة. وحكمه أن الجميع ينتفعون به، ويتملكه الواحد إذا بادر إلى إحيائه أي إصلاحه ببناء أو غرس أو سقي أو حرث ونحو ذلك، بإذن الحاكم في رأي أبي حنيفة والمالكية، ومن غير إذن في رأي الصاحبين والشافعية والحنابلة كما سأبين.

(١) رواه أحمد وأبو داود بلفظ: «المسلمون شركاء في ثلاثة..» وفي لفظ: «الناس شركاء».

المبحث الثاني
إحياء الموات

تعريفه ومشروعيته، والموات القابل للإحياء، وطرق الإحياء، وشروطه، وأحكامه، حريم الماء والشجر والدار.

تعريف إحياء الموات ومشروعيته

الإحياء **لغة**: جعل الشيء حياً، والموات: ما لا روح ولا حيوية فيه، وإحياء الموات: التسبب للحياة النامية .**وفقهاً**: إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس، أو الحرث، أو توفير الماء ونحو ذلك.

وهو مشروع لقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[١]، «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له..»[٢].

الموات القابل للإحياء

اتفق الفقهاء على أن الأرض التي لم يملكها أحد، ولم يوجد فيها أثر عمارة وانتفاع، تملك بالإحياء، واتفقوا أيضاً على أن الأراضي التي لها مالك معروف بشراء أو عطية، لم ينقطع ملكه، لا يجوز لغير أصحابها إحياؤها، واختلفوا في أنواع ثلاثة أخرى:

النوع الأول - ما ملك بالإحياء ثم ترك وعاد مواتاً: للفقهاء رأيان:

- يرى أبو يوسف والمالكية: أنه يملك هذا النوع بالإحياء، لعموم الحديث المتقدم: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» لكن بشرط كون الأرض بعيدة من القرية، في رأي أبي يوسف.

---

(١) رواه أحمد والترمذي وصححه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) رواه أبو داود عن أسمر بن مضرِّس رضي الله عنه.

- ويرى الشافعية والحنابلة: أنه لا يملك بالإحياء، لأن أحاديث إباحة الإحياء مقيدة بغير المملوك: «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد» وفي زيادة رواية: «ليس لعرق ظالم حق» ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك.

النوع الثاني - ما يوجد فيه آثار ملك قديم كآثار الروم ومساكن عاد وثمود ونحوها: يملك بالإحياء اتفاقاً، لحديث طاووس: «عاديّ الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم»[1]، أي قديم الخراب بحيث لم يطرأ عليه الملك في عهد الإسلام.

النوع الثالث - ما كان له ملك في الإسلام لمالك غير معين: أي لم يعرف مالكه، فيه رأيان.

- ذهب الحنفية والمالكية: إلى أنه يملك بالإحياء، لعموم الأخبار الواردة في مشروعية الإحياء، ولأن ما ليس له مالك معين في حكم ما لم يملك.

- وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه لا يملك بالإحياء، ويكون فيئاً لبيت المال، كالأرض التي جلا عنها الأعداء خوفاً منا، فيوزع في المصالح العامة.

طرق الإحياء

إحياء الأرض الموات: يكون باستصلاحها للزراعة ونحوها بحسب عرف الناس وعاداتهم. ذكر الحنفية: أن يكون بالبناء أو الغرس أو الحرث أو بإقامة السد لجمع المياه، أو شق النهر، أو إلقاء البذور، أو السقاية مع حفر النهر، أو التحويط بحيث يعصم الماء.

وأورد المالكية سبعة طرق هي: تفجير الماء، وإزالته إذا كانت الأرض مغمورة بالماء، وبناء الأرض، وغرس الشجر فيها، وحراثة الأرض، وقطع الشجر النابت فيها بنية وضع اليد، وكسر الأحجار وتسوية الأرض.

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه، وأبو عبيد في الأموال.

ووضع الشافعية ضابطاً للإحياء الذي يملك به وهو بحسب الغرض المقصود من الأرض، ويرجع فيه إلى العرف، والعرف يمثل المصلحة عادة، لأن كل ما لا حدَّ له في اللغة ولا في الشرع، يرجع فيه إلى العرف، كقبض المبيع والموهوب، وحرز السرقة، وهو في كل شيء بحسبه، وضابطه: التهيئة للمقصود.

وذكر الحنابلة: أن الإحياء يكون بتحويط حائط منيع للأرض، أو إيجاد الماء، من نهر أو بئر، أو غرس الشجر، لحديث جابر: «من أحاط حائطاً على أرض، فهي له»[١]. ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع، ولا بحفر خندق حول الأرض، ويكون تحجراً.

التحجير: هو إعلام بوضع الأحجار حول الأرض.

وحكمه: أنه لا يصلح طريقاً للتملك اتفاقاً، لكن يصير المتحجر أولى بإحياء الأرض منه، لحديث أبي داود: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به». ولكن يمنح المتحجر عند الحنفية ثلاث سنين، فإذا لم يعمرها في تلك المدة، أخذها الحاكم ودفعها إلى غيره، عملاً بقول عمر: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»[٢]. ولم يأخذ الشافعية بهذه المدة دون سواها، وإنما يترك الحال لما يطول عرفاً، فإن طالب المتحجر المهلة لعذر، أمهل شهرين أو ثلاثة أو أقل حسبما يراه الحاكم، وإن لم يكن له عذر فلا يمهل.

شروط إحياء الموات

تشترط شروط في المحيي والأرض وبداية الإحياء:

شروط المحيي

المحيي: هو الذي يباشر الإحياء الذي هو من أسباب التملك، إذا كان **أهلاً لتملك المال**، لأن الإحياء فعل يملك به المال كالاصطياد.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود.

(٢) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن سعيد بن المسيب رحمه الله.

ولا فرق عند الجمهور غيرِ الشافعية أن يكون المحيي مسلماً أو غير مسلم، لعموم الحديث المتقدم: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ولأنه لا تفرقة في أسباب الملكية بين المسلم وغيره.

ولكن الشافعية اشترطوا أن يكون المحيي مسلماً، لأن الإحياء استعلاء، وهو ممتنع على غير المسلمين في دار الإسلام، فلو أحيا ذمِّي معاهد أرضاً، نزعت منه ولا أجرة له، لأنه لا أثر لفعله.

شروط الأرض المحياة

يشترط فيها ثلاثة شروط:

١- ألا تكون ملكاً لأحد وليست من اختصاص أحد، لأن صاحبها أحق بها.

٢- ألا تكون مرتفقاً بها: أي مستخدمة ارتفاقاً لأهل البلد، قريباً منها أو بعيداً، كمحتطب، ومرعى، ونادٍ، ومرتكض خيل، ومُنَاخ إبل، ومطرح رماد، وحريم بئر، وشارع أو طريق عام ونحو ذلك.

وهذان الشرطان متفق عليهما.

٣- أن تكون في رأي الشافعية في بلاد الإسلام: فإن كانت في دار الحرب، ويمنعها أهلها عن المسلمين، فلا يملكها المسلم بالاستيلاء عليها. أما إن لم يمنعوها عن المسلمين فللمسلم إحياؤها. ولم يشترط بقية الفقهاء هذا الشرط، لعموم الأخبار الواردة في مشروعية إحياء الموات.

شروط بداية الإحياء

١- أن يكون الإحياء في رأي أبي حنيفة والمالكية بإذن الحاكم: لحديث: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[1]، فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به، ولأن الإذن

(١) رواه الطبراني من حديث معاذ رضي الله عنه، ولكن فيه ضعف.

ينظم الممارسات بين الرعية. وقصر المالكية هذا الشرط على الأرض القريبة من العمران، أما الأرض البعيدة من العمران فلا يشترط فيها الإذن.

ولم يشترط الصاحبان والشافعية والحنابلة هذا الشرط، اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» الصادر عنه بطريق الشرع والنبوة، ولأنه مال مباح كالاحتطاب والاصطياد. ورد الفريق الأول بأن هذا الإذن صادر بطريق الإمامة والسياسة.

ولكن يستحب في رأي الفريق الثاني الاستئذان، خروجاً من الخلاف، وبعداً عن المنازعات.

٢- اشترط الحنفية في حالة التحجير أن يتم خلال مدة أقصاها ثلاث سنين: فإذا لم يعمرها فيها أخذها الحاكم منه، ودفعها إلى غيره، حتى لا تتعطل الفائدة في تركها في يد المتحجر.

ودليلهم قول عمر رضي الله عنه المتقدم: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق» وهي مدة معقولة كافية لاستصلاح الأرض إذا كان المتحجر جاداً أو حريصاً على نفع نفسه وأمته. ومذهب الشافعية والحنابلة قريب من مذهب الحنفية.

أحكام إحياء الموات

يترتب على إحياء الموات ما يأتي:

١- تملك الأرض المحياة

اتفق الفقهاء على أن الثابت بالإحياء هو حق الملكية المطلقة، التي تبيح لصاحبها حق الاستعمال والاستثمار والتصرف، عملاً بنص الحديث السابق: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» فإنه أضاف الحق للمحيي بلام التمليك في قوله: «فهي له» وملكه لا يزول بالترك، لأن التقادم (مضي المدة) لا يسقط الحق ولا يثبته في الإسلام.

٢- وظيفة الأرض المحياة

يثبت للدولة على الأرض المحياة إما العشر وإما الخراج، ففي رأي أبي يوسف: إن أحياها مسلم فالواجب العشر في الأراضي العشرية، والخراج في الأراضي الخراجية[١]. ويرى محمد بن الحسن: إن أحياها بماء العشر كماء المطر أو الأنهار الكبيرة فهي عشرية، وإن أحياها بماء الخراج كالماء المأخوذ من نهر حفره غير المسلمين فهي خراجية.

وذهب الحنابلة إلى أنه لا خراج على من أحيا موات الأرض المفتوحة عنوة كأرض مصر والشام والعراق، أما إن أحياها ذمِّي فهي خراجية اتفاقاً.

٣- قيد الحريم

هو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور، أو ما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق، كحريم البئر، وفِنَاء الدار، والطريق، ومسيل الماء، ومرافق القرية مثل ناد (للاجتماع) ومحتطب ومرعى ومرتكض الخيل ومُناخ الإبل، ومطرد الرماد ونحوها. ويمنع تملك حريم الأراضي العامرة قبل الإحياء، لأنه تابع للعامر، ولا يتملك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق، لأن ذلك ليس من الموات، وإنما هو من جملة العامر.

ومن أحيا أرضاً مواتاً تملك حريم الأرض التي أحياها.

---

(١) الأراضي العشرية خمسة أنواع: أرض العرب، وكل أرض أسلم أهلها طوعاً، والأراضي التي فتحت عنوة وقهراً وقسمت بين الغانمين، والمسلم إذا اتخذ داره بستاناً أو كرماً، والمسلم إذا أحيا الأراضي الميتة بإذن الإمام، وهي من توابع الأراضي العشرية أو تسقى بماء العشر وهو ماء السماء وماء العيون المستنبط من الأراضي العشرية.

والأراضي الخراجية ثلاثة أنواع: سواد العراق كلها وكل أرض فتحت عنوة وقهراً، ويضع الإمام الجزية على أعناقهم إذا لم يسلموا، والخراج على أراضيهم سواء أسلموا أم لم يسلموا، وكذلك إذا جلاهم ونقل إليها آخرين، والمسلم أو الذّمي إذا أحيا أرضاً ميتة، وهي تسقى بماء الخراج، والذّمي إذا اتخذ داره بستاناً.

والحريم مشروع، لأن النبي ﷺ جعل للبئر حريماً، ولعين الماء حريم بالإجماع، لأن النبي ﷺ جعل لكل أرض حريماً.

مقدار الحريم: يختلف مقداره بحسب نوعه وبحسب آراء الفقهاء:

الحنفية والحنابلة قدروا للحريم بحسب نوعه مقادير معينة، سأذكرها، والمالكية جعلوا الحريم بحسب الحاجة، والشافعية قدروا الحريم بحسب العرف، وهم في الجملة كالمالكية.

وهذه مقادير الحريم عند الفريق الأول (الحنفية والحنابلة):

١- حريم **العين** الجارية باتفاق هذا الفريق خمس مئة ذراع من كل جانب.

٢- حريم **البئر**: هو أربعون ذراعاً من كل جانب باتفاق الحنفية إذا كان بئر العطن (وهي التي ينزح منها الماء باليد). وهو عند أبي حنيفة أربعون ذراعاً أيضاً إذا كان بئر الناضح (وهي التي ينزح منها الماء بالبعير ونحوه). وأخذ الحنابلة بما رواه أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال: «السنة في حريم البئر العادية (القديمة) خمسون ذراعاً، وحريم البديء (المستحدث) خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم بئر الزرع ثلاث مئة ذراع».

٣- حريم **القناة**: وهي مجرى الماء تحت الأرض، لم يقدر حريمها بشيء، فيترك التقدير لدى بعض الحنفية للإمام الحاكم، لأنه لا نص في الشرع، وقدره الحنابلة بخمس مئة ذراع.

٤- حريم **النهر**: ليس له حريم عند أبي حنيفة، وللصاحبين تقدير، فعند أبي يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب، وفي رأي محمد: قدر جميع النهر من كل جانب، أي عرض النهر. وعند الحنابلة: حريم النهر: ما يحتاج النهر إليه لطرح كرايته (ما يلقى منه).

٥- حريم **الشجر**: خمسة أذرع، اتباعاً لفعل النبي ﷺ[1]، وهو متفق عليه.

(١) رواه أبو داود عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

المبحث الثالث
أحكام المعادن

تعريف المعادن والركاز (أو الكنز) وأنواع المعادن، وحكم تملكها.

تعريف المعادن والفرق بينها وبين الركاز

المعادن: هي ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخِلْقة، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص، وغيرها.

والركاز أو الكنز: هو المال المدفون في الأرض بفعل صاحبه أو بأثر حادث إلهي، كزلزال أو رياح عاتية، أدى إلى طمر بلد مع ما فيها من ثروات.

والفرق بين المعدن والركاز: أن المعدن جزء من الأرض، والركاز: ليس جزءاً من الأرض، وإنما هو دفين مودع فيها، بفعل الإنسان.

أنواع المعادن

المعادن عند الحنفية ثلاثة أنواع:

١- ما يقبل الطرق والسحب: كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها.

٢- ما لا يقبل الطرق والسحب: كالماس والياقوت والبلور والعقيق والفيروز والكحل والزرنيخ ونحوها.

٣- المعادن السائلة: كالنفط والقار (الزفت) ونحوها من الزيوت والغازات.
وهي عند الشافعية والحنابلة قسمان: ظاهرة وباطنة:

والظاهرة: هي البارزة غير المختلطة بالأرض، التي لا تحتاج إلى مشقة في استخراجها أو الوصول إليها، كالنفط والقار، والملح، والكحل، والكبريت.

والباطنة: هي التي تحتاج إلى جهد وعمل لاستخراجها، كالذهب والحديد والنحاس والرصاص.

حكم المعادن

أي حكم تملكها وزكاتها، للفقهاء آراء ثلاثة فيها، علماً بأنها لا تكون أرض موات، وإنما هي ملك الأمة:

الحنفية: يرون أن المعادن ثلاثة أنواع:

١- المعدن

أ - إن كان في أرض غير مملوكة في دار الإسلام، وكان مما يقبل الطرق والسحب كالذهب والفضة والنحاس ونحوها، يكون فيه الخمس لبيت المال كالغنيمة، والأربعة الأخماس الباقية لمن عثر عليه إلا الحربي المستأمن فيسترد منه الكل.

لقوله ﷺ: «وفي الركاز الخمس»(١). والركاز: هو المعدن حقيقة، ويطلق على الكنز مجازاً. والحقيقة لا يفرقون في مقدار الزكاة بين المعدن والركاز.

ب - وإن كان المعدن مما لا يقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت وسائر الأحجار الكريمة، فلا خمس فيه، ويكون كله للواجد، لأنه من جنس الأرض كالتراب.

جـ - وإن كان المعدن مائعاً كالنفط والقير، فلا شيء فيه لبيت المال، وكله لمن وجده، لأنه كالماء. لكن في الزئبق الخمس، لأنه ينطبع مع غيره.

د - وإن وجد المعدن في أرض مملوكة لبعض الناس: فالخمس لبيت المال، في رأي الصاحبين إذا كان مما يقبل الطرق والسحب، للحديث المتقدم: «وفي

(١) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

الركاز الخمس» ولا خمس فيه عند أبي حنيفة، وتكون الأخماس الأربعة على رأي الصاحبين لمالك الأرض.

٢- الكنز

أ - إن كان إسلامياً، كأن وجد عليه علامة الإسلام كآية أو كالشهادتين «لا إله إلا الله محمد رسول الله» ووجد في أرض غير مملوكة كالجبال والمغاور ونحوها، كان بمنزلة اللقطة، يعرف سنة، وينتفع به الفقير، ويتصدق به الغني.

ب - وإن كان غير إسلامي، كأن وجد عليه علامة وثنية، كان لبيت المال الخمس، والباقي (الأربعة الأخماس) للواجد.

جـ - وإن وجد في أرض مملوكة: وجب فيه الخمس، للحديث السابق: «وفي الركاز الخمس» والباقي للمالك وورثته عند أبي حنيفة ومحمد، وللواجد عند أبي يوسف.

د - وإن وجد الكنز في دار الحرب: فإن كان في أرض غير مملوكة لأحد، فهو للواجد، ولا خمس فيه، لأنه مال أخذه، وإن وجد في أرض مملوكة، ففيه الخمس لبيت المال، والباقي للمالك عند أبي حنيفة ومحمد، وللواجد عند أبي يوسف، كما تقدم.

٣- المستخرج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر

لا شيء فيه لبيت المال عند أبي حنيفة ومحمد، وجميعه للواجد، لقول ابن عباس حينما سئل عن العنبر: «هو شيء دسره البحر، لا خمس فيه».

وعند أبي يوسف: الخمس لبيت المال، والباقي لواجده، لأن عمر رضي الله عنه كتب لعامل له وجد لؤلؤة: بأن فيها الخمس.

غير الحنفية: هناك فرق بين المعدن والركاز:

المعدن: هو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية. والركاز: هو الكنز: هو دفين الجاهلية ومن تقدم من الكفار.

وخلاصة مذهب الجمهور ما يأتي: يجب في الركاز الخمس، للحديث المتقدم: «وفي الركاز الخمس» والباقي لواجده إن وجد في موات أو أرض غير مملوكة، وللمالك في الأرض المملوكة.

واختلفوا في المعادن فكلها في مشهور المذهب المالكي للدولة، منعاً من الفتنة والاضطراب.

وكذلك عند الشافعية والحنابلة تكون المعادن الظاهرة للدولة، لأنها مشتركة بين الناس، وأما الباطنة فيملكها من أحيا الأرض عند الشافعية، وأما عند الحنابلة فيملك المعدن الجامد فقط دون السائل، لأن المعدن الجامد جزء من الأرض، وأما السائل فالناس شركاء فيه، للحديث المتقدم: «الناس شركاء في ثلاث».

واتفق الجمهور على أن الواجب في المعدن ربع العشر إن كان ذهباً أو فضة، وبلغ نصاباً عند المالكية والشافعية، وكذلك عند الحنابلة غير الذهب والفضة.

المبحث الرابع
حقوق الارتفاق

سبق الكلام عليه في خواص حق المنفعة العيني (ص٢٨٣)

المبحث الخامس
عقود استثمار الأراضي (المزارعة والمساقاة والمغارسة)

المزارعة

تعريفها ومشروعيتها، وركنها وصفة العقد، وشروطها، وأنواعها، وأحكامها، وانتهاؤها.

تعريف المزارعة ومشروعيتها

المزارعة **لغة**: مفاعلة من الزرع وهو: الإنبات، **وشرعاً**: عقد على الزرع ببعض الخارج، وتسمى أيضاً المخابرة: من الخَبار وهي: الأرض اللينة إذا كان البذر من العامل، والمحاقلة: من الحقل.

ولم يجزها أبو حنيفة وزفر والشافعي، لأنها عقد على معدوم وهو ما تخرجه الأرض، أو مجهول، لجهالة مقدار ما تخرجه الأرض، وقد لا تخرج شيئاً، ولأن النبي ﷺ نهى عن المخابرة[١] وهي المزارعة.

وأجازها الشافعية تبعاً للمساقاة للحاجة بشرط اتحاد العامل، وعسر إفراد النخل بالسقي، والبياض بالعمارة، وألا يفصل العاقدان بين العقدين، وإنما يؤتى بهما على الاتصال، وألا يقدم المزارعة على المساقاة، لأنها تابعة، والتابع لا يقدم على المتبوع.

---

(١) رواه مسلم عن جابر وابن عمر وثابت بن الضحاك رضي الله عنهم.

وقال الصاحبان وبرأيهما يفتى عند الحنفية، ومالك وأحمد (الجمهور): تجوز المزارعة، لأن النبي ﷺ «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من الأرض من ثمر أو زرع»[١] ولأنها عقد شركة بين المال والعمل، فتجوز كالمضاربة، لدفع الحاجة، لأن المالك قد لا يحسن الزراعة، والعامل يتقنها، فيتحقق النتاج بتعاونهما، ولتعامل الناس بها.

ركن المزارعة وصفة العقد

ركن المزارعة عند الحنفية: الإيجاب والقبول، وعناصرها ثلاثة: العاقدان ومحل العقد، وأركانها عند بقية الفقهاء أربعة: العاقدان والمعقود عليه، والصيغة.

ولا تحتاج المزارعة والمساقاة عند الحنفية والحنابلة إلى القبول لفظاً، بل يكفي ما يدل على القبول، كالشروع في العمل.

وجاء في الدر المختار أن أركانها أربعة: أرض، وبذر، وعمل، وبقر[٢].

وصفتها عند الجمهور: كبقية الشركات، عقد غير لازم. ويرى المالكية: أنها تلزم بالبَذْر (إلقاء الحب في الأرض) ونحوه، أو بوضع الزريعة في الأرض مما لا بذر له، كالبصل ونحوه، والمعتمد عندهم أن شركات الأموال تلزم بالصيغة.

شروط المزارعة

اشترط الصاحبان من الحنفية ثمانية شروط في هذا العقد[٣]:

١- أهلية العاقدين (التمييز).

---

(١) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) الدر المختار ١٩٣/٥

(٣) الدّر المختار ١٩٣/٥ - ١٩٤، والواقع أنها ستة شروط، لعدم اشتراط تعيين المدة، وعدم اشتراط بيان ما يزرع استحساناً.

٢- وصلاحية الأرض للزرع.

٣- ومدة متعارفة، فتفسد بما لا يتمكن العامل فيها منها وبما لا يعيش إليها أحد العاقدين غالباً، والفتوى على أنها تصح بلا بيان مدة، ويقع على أول زرع واحد.

٤- وبيان المتعهد بتقديم البذر، أهو المالك أو العامل، وقيل: يحكّم العرف.

٥- ومعرفة جنس البذر، لا قدره، لأن العامل يعلم بما تحتاجه الأرض، وهذا يعني أن معرفة الأرض شرط، حتى يصير العمل معلوماً مع تفاوت الأراضي. والاستحسان أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط.

٦- والعلم بمقدار حصة العامل كالربع أو الثلث، أو نصيب المالك، أي يشترط بيان نصيب من لا بذر له صريحاً أو ضمناً.

٧- والتخلية بين الأرض والعامل، ولو كان البذر من العامل، وهي أن يقول المالك للعامل: سلَّمت إليك الأرض، وعليه كل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل يمنع الجواز.

٨- الاشتراك في الناتج الخارج: فتبطل المزارعة إن شرط لأحد العاقدين مقدار معلوم مقطوع أو ما يخرج من موضع معين، لأن العقد ينعقد إجارة ابتداء شركة في الانتهاء، ويحتمل ألّا تخرج الأرض إلا ذلك المشروط. فإن كان البذر من العامل فالمعقود عليه منفعة الأرض، وإن كان من صاحب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل.

أنواع المزارعة أو أحوالها

تصح المزارعة عند الصاحبين في ثلاثة أحوال، وتبطل في واحد.

تبطل فيما إذا كانت الأرض والحيوان لواحد، والبذر والعمل لآخر، لأنه لو قدر العقد إجارة للعامل، فاشتراط البذر عليه مفسد، لأنه ليس تبعاً له.

ولو قدر العقد إجارة للأرض، فاشتراط الحيوان عليه مفسد، لأن الحيوان ليس تابعاً للأرض.

وتصح في ثلاثة أحوال هي:

١- أن تكون الأرض والبِذْر من واحد، والعمل والحيوان من آخر، لأن الحيوان آلة العمل.

٢- أن تكون الأرض لواحد، والحيوان والبذر والعمل لآخر، لأن ربّ الأرض يصير مستأجراً للعامل ببعض الناتج.

٣- أن تكون الأرض والحيوان والبذر لواحد، والعمل لآخر، لأنه يصير رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الناتج.

أحكام المزارعة

للمزارعة الصحيحة عند الحنفية أحكام هي:

١- كل ما يحتاج إليه الزرع لإصلاحه كنفقة البذر ومؤنة الحفظ، على المزارع، لأن العقد تناوله.

٢- كل ما هو نفقة على الزرع، كالسماد وقلع الأعشاب والحصاد والدياس على العاقدين على قدر نصيبهما من الناتج. وهذه الالتزامات عند المالكية على العامل.

٣- يقسم الناتج بين العاقدين بحسب الشرط المتفق عليه، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» فإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لعاقد على آخر. أما المزارعة الفاسدة فيجب فيها للعامل أجر المثل إن لم تخرج الأرض شيئاً.

٤- المزارعة عقد غير لازم عند الحنابلة، وغير لازم لصاحب البذر، لازم في حق الآخر عند الحنفية. وتلزم بالبذر عند المالكية.

٥- الحراثة والسقي: إن اشترط على عاقد وجب عليه، وإن لم يشترط على أحد، عمل بمقتضى الزراعة المعتادة.

٦- تجوز الزيادة على شرط الناتج والحطّ منه، كالزيادة في الثمن في البيع. إلا أنه إذا زاد المزارع في حصة المالك بعد الحصاد، وكان البذر منه، لم يجز، لأن الزيادة على الأجرة تمت بعد انتهاء عمل المزارعة، واستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة، وهو لا يجوز، لأنه لو أنشأ العقد بعد الحصاد، لا تجوز، فلا تجوز الزيادة.

وإذا **فسدت** المزارعة، لم يجب عند الحنفية للمزارع شيء متفق عليه، وكان الناتج كله لصاحب البذر، وإذا كان البذر للمالك وجب للعامل أجر المثل.

انتهاء المزارعة

تنتهي المزارعة عند الحنفية بانقضاء المدة، وبموت أحد العاقدين، إلا أنه إذا مات المالك، والزرع لم يدرك، فيظل العامل ملزماً بالعمل.

وتنتهي بفسخ العقد لعذر من الأعذار: كلحوق دين فادح لصاحب الأرض، وطروء أعذار للمزارع كالمرض والسفر وتغيير المهنة، ويجوز في الراجح فسخ العقد، ولو بلا قضاء وتراضٍ.

المساقاة

تعريفها ومشروعيتها، وركنها وصفتها، وموردها، والفرق بينها وبين المزارعة، وشروطها وأحكامها

تعريف المساقاة ومشروعيتها

المساقاة **لغة**: مفاعلة من السقي، وتسمى أيضاً المعاملة: مفاعلة من العمل. **وشرعاً**: هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها، على أن الثمرة بينهما.

وهي عند أبي حنيفة وزفر غير جائزة، لأنها استئجار ببعض الخارج، وهو منهي عنه، للحديث النبوي: «من كانت له أرض فليزرعها، ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»(١).

وأجازها الصاحبان، وبرأيهما يفتى، ومالك والشافعي وأحمد بشرط، استدلالاً بمعاملة أهل خيبر في حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع»(٢)، ولحاجة الناس إليها، لأن المالك قد لا يستطيع العمل، فيحتاج إلى العامل، والعامل يحسن العمل، ولكن لا يملك الأشجار.

ركنها وصفتها

عند الحنفية: الإيجاب والقبول كالمزارعة، الإيجاب من صاحب الشجر، والقبول من العامل أو المزارع. والمعقود عليه: هو عمل العامل فقط، دون تردد، خلافاً للمزارعة. وذكر الجمهور خمسة أركان للمساقاة، وهي: العاقدان، ومورد العمل، والثمار، والعمل، والصيغة.

---

(١) متفق عليه من حديث رافع بن خديج، لكنه مضطرب.

(٢) رواه الجماعة كما تقدم.

وتلزم عند المالكية باللفظ لا بالعمل، وهي عقد لازم عند الحنفية والمالكية والشافعية، وغير لازم عند الحنابلة. واشترط الشافعية فيها القبول لفظاً دون تفصيل الأعمال، ويعمل في ذلك بالعرف الغالب، ولا تفتقر عند الحنفية والحنابلة إلى القبول لفظاً، بل يكفي الشروع في العمل فيها كالوكالة.

موردها

عند الحنفية الشجر المثمر كالنخل وكرم العنب وأشجار الفاكهة الأخرى والرطاب (البرسيم) وأصول الباذنجان، وأجاز متأخرو الحنفية المعاملة على الشجر غير المثمر كشجر الحور والصفصاف، لاحتياجه إلى السقي.

وموردها عند المالكية: الزروع ما عدا البقول كالحمص والفاصولياء، وكذا الأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة، بشرط عقدها قبل بدو صلاح الثمر، وكونها إلى مدة معلومة، ولو لسنين، وتكره فيما طال من السنين، لما فيها من الضرر كالإجارة.

وقصرها الشافعية على النخل والعنب فقط، عملاً بمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر على النخل، ويقاس العنب عليه، لأنه في معناه، بجامع وجوب الزكاة فيهما.

وأباحها الحنابلة على الأشجار المثمرة المأكولة فقط، فلا تصح في الشجر غير المثمر.

الفرق بين المساقاة والمزارعة

ذكر الحنفية أربعة فروق بينهما وهي:

١- إذا امتنع أحد العاقدين في المساقاة عن تنفيذ العقد يجبر عليه، لأنه لا ضرر عليه في بقاء العقد، أما في المزارعة فلا يلزم صاحب البذر قبل الإلقاء، للضرر اللاحق به في الاستمرار.

٢- إذا انقضت مدة المساقاة تترك: أي يستمر العقد بلا أجر حتى يثمر الشجر. أما في المزارعة فيستمر العامل بأجر مثل نصيبه من الأرض، لأن الأرض يجوز استئجارها والعمل عليها بحسب الملك في الزرع، فيكون العمل على العامل وعلى صاحب الأرض.

٣- إذا استحق النخيل المثمر لغير رب الأرض رجع العامل بأجر مثله، لأن أجرته صارت عيناً في الشجر، فيرجع بقيمة المنافع. أما في المزارعة فيرجع العامل بقيمة حصته في الزرع نابتاً.

٤- ليس بيان المدة في المساقاة بشرط، استحساناً، اكتفاء بعلم وقتها عادة، بخلاف الزرع قد يتقدم الحصاد وقد يتأخر بحسب المناخ وتاريخ إلقاء البذر.

أما المزارعة فيشترط فيها تعيين المدة في أصل المذهب، لكن المفتى به أنه لا يشترط كما تقدم.

شروط المساقاة

يشترط فيها عند الحنفية أربعة شروط وهي أهلية العاقدين (التميز) والعلم بمحل العقد، والتسليم إلى العامل (التخلية بين العامل والشجر) وأن يكون الناتج شركة بين العاقدين، وكون حصة كل منهما جزءاً مشاعاً معلوم القدر، وإلا فسدت المساقاة.

وقد عرفنا أنه لا يشترط بيان مدة المساقاة استحساناً عند الحنفية، عملاً بالمتعارف المتعامل به، وتقع المساقاة على أول ثمر يخرج في أول السنة، فإن لم يثمر الشجر في المدة المعتادة، فسدت المساقاة، لفوات المقصود منها، وهو الشركة في الثمار.

ويتفق الجمهور مع الحنفية على هذه الشروط، لكن يشترط في العاقدين كونهما جائزي التصرف (البلوغ مع العقل) لإنجاز المطلوب، وتنحصر المساقاة في موردها

المقرر عندهم، ويشترط تخصيص الثمر في العاقدين، فلا يجوز شرط بعضه لغيرهما، واشتراكهما فيه، فلا يجوز شرط كل الثمر لأحدهما، والعلم بحصة كل منهما على الشيوع.

ويشترط في العمل تفرد العامل بالعمل وباليد (أي التخلية والتسليم للعامل) ليتمكن العامل من العمل متى شاء، وإلا لم يصح العقد، كما يشترط ألا يكلف العامل ما ليس من جنس أعمال المساقاة التي اعتادها الناس، كحفر بئر مثلاً.

واشترط الشافعية معرفة العمل بتقدير المدة كسنة أو أكثر، وأقلها مدة تبقى فيها الأشجار غالباً للاستثمار. ولم يشترط الحنابلة تحديد مدة في المساقاة والمزارعة، لأن النبي ﷺ لم يحدد لأهل خيبر مدة.

وفي الصيغة: اشترط الشافعية كون ألفاظ المساقاة مثل ساقيتك أو سلمته إليك لتتعهده، ولا يصح بلفظ الإجارة، وكون القبول لفظاً من الناطق. وصحح الحنابلة استعمال الألفاظ السابقة ولفظ الإجارة، لأن القصد المعنى، و «العبرة في العقود للمعاني والمقاصد لا للألفاظ والمباني».

وقالوا خلافاً للشافعية: لا تحتاج المساقاة والمزارعة إلى القبول لفظاً، بل يكفي الشروع في العمل كالوكالة.

أحكام المساقاة

للمساقاة الصحيحة أحكام عند الحنفية هي:

- أن الأعمال الدورية التي يحتاج إليها الشجر هي على العامل كالسقي وإصلاح النهر والحفظ والتلقيح، لأنها من توابع المعقود عليه.

وأما الأعمال ذات الأثر الدائم كالسماء والحرث والقطاف فهي على العاقدين.

- والخارج (الناتج) يقسم بين الطرفين بحسب الاتفاق.

- وإذا لم يخرج الشجر شيئاً فلا شيء لواحد على الآخر.

- والعقد لازم للعاقدين، فلا يفسخ إلا لعذر، بخلاف المزارعة.

- ولصاحب الأرض إجبار العامل على العمل إلا لعذر.

- وتجوز الزيادة على الشرط والحطّ منه، كالمزارعة.

- ولا يملك العامل مساقاة غيره، إلا إذا فوض له المالك العمل برأيه.

فإذا خالف العامل كانت الثمرة كلها لصاحب الشجر، ولا أجر للعامل الأول، وللثاني أجر المثل.

واتفق المالكية والشافعية والحنابلة مع الحنفية على أن الأعمال الدورية التي لا بقاء لها وتتكرر كل سنة: هي على العامل، وخالفوهم في بقية الأعمال ذات الأثر الدائم التي لا تتكرر كل سنة، فهي على العامل، كحفر بئر أو بناء بيت أو غرس شجر، عملاً بالعرف، لا على العاقدين كما قرر الحنفية. وعلى هذا، يكون القطاف على العامل عند الجمهور وعلى المالك والعامل بقدر نصيبهما عند الحنفية.

حكم المساقاة الفاسدة

يرى المالكية أنه إذا فسدت المساقاة وجب فيها أجر المثل إن تحولت لإجارة فاسدة، كاشتراط زيادة من المالك للعامل. فإن تحولت لبيع فاسد كاشتراط زيادة من العامل للمالك، أو لضرر أو فقد شرط أو وجود مانع أو لغرر كالمساقاة على بساتين مختلفة، فتستمر المساقاة بمساقاة المثل. وهذا رأي ابن القاسم.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه إن ظهر الثمر مستحقاً لغير المساقي بصفة المالك، فيرجع العامل ببدل المساقاة على المالك. وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر المثل.

انتهاء المساقاة

تنتهي المساقاة عند الحنفية بأحد أمور ثلاثة: انتهاء المدة المتفق عليها، وموت أحد العاقدين، وفسخ العقد صراحة أو لعذر من الأعذار، مثل خيانة العامل أو مرضه.

وإن مات العامل، كان لورثته تعهد الثمر حتى يدرك، وإن مات المالك استمر العامل بعمله. وإن انقضت مدة المساقاة ولم ينضج الثمر، بقيت المساقاة لوقت النضج، ويخير العامل: إن شاء ترك، وإن شاء عمل كما في المزارعة، دون أجر عليه للمالك، لأن الشجر لا يجوز استئجاره، بخلاف الأرض في المزارعة، حيث يجب على العامل مثل أجر الأرض.

ويرى المالكية أن المساقاة عقد موروث، ويأتي ورثة العامل بأمين للعمل إن لم يكونوا أمناء. ولا تنفسخ المساقاة عندهم وعند الشافعية بالأعذار، ويجوز عند الحنابلة فسخها لعذر أو غير عذر، لأنها عقد غير لازم في رأيهم.

وتنتهي المساقاة عند الجمهور بانقضاء المدة.

وتنتهي المساقاة عند الشافعية والحنابلة بموت العامل إن كانت على عينه (ذاته) كالأجير المعين، ولا تنتهي إن كانت على ذمة العامل، كما لا تنتهي عند الشافعية إن مات المالك، ولا تنتهي بموته عند الحنابلة.

المغارسة تعريفها وحكمها

المغارسة: هي أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجراً. وعند المالكية هي: أن يغرس العامل الشجر على أن يكون له نصيب منه ومن الثمر ومن الأرض.

وحكمها: أنها ممنوعة شرعاً عند الجمهور، جائزة عند المالكية بشروط خمسة هي:

١- أن يغرس العامل في الأرض أشجاراً ثابتة الأصول، لا الزروع والمقاثي والبقول.

٢- وأن تتفق أصناف الشجر أو تتقارب في مدة إثمارها، فإن اختلفت لم تجز.

٣- ألا يكون أجلها إلى سنين كثيرة، كأن حُدد لها أجل إلى الإطعام (الإثمار).

٤- أن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر: فإن كان له حظه من أحدهما، لم يجز.

٥- ألا تكون المغارسة في أرض موقوفة، لأن المغارسة كالبيع.

وتصح المغارسة عند الحنابلة كالشافعية إذا كان للعامل حصة معينة من الثمر، لأنها كالمساقاة.

وتصح عند الحنفية إذا كان للعامل نصيب من الشجر والثمر.

المبحث السادس
القسمة

لها قسمان: قسمة الأعيان، وقسمة المنافع (المهايأة).

قسمة الأعيان (الذوات)

تعريفها ومشروعيتها، وركنها وصفتها، أنواعها، وشروطها، وكيفيتها، القاسم، أحكامها.

تعريف القسمة ومشروعيتها

القسمة لغة: إفراز النصيب أو التفريق، وشرعاً كما جاء في المجلة (م ١١١٤) هي: تعيين الحصة الشائعة، أي إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالكيل والوزن والذَّرْع.

وهي مشروعة لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ [النساء: ٤/٨]، وهذا في قسمة المواريث، ومثلها قسمة الغنائم: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٨/٤١]، فلا يعلم هذا الخمس لهؤلاء عن بقية الأربعة الأخماس للغانمين إلا بالقسمة. ودليل قسمة المهايأة قوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٥٤/٢٨].

وقسم النبي ﷺ غنائم خيبر وحُنين بين الغانمين[١]، وقسم المواريث، مما يدل على الإباحة. والناس بحاجة إليها.

(١) الأحاديث في نصب الراية ٤/١٧٨

ركن القسمة وصفتها

ركن القسمة: هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتميز بين الأنصباء، ككيل وذَرْع.

وسببها: طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص، فلو لم يطلبوا لا تصح القسمة.

وصفتها فيها آراء ثلاثة للفقهاء:

- يرى الحنفية: أن القسمة تتردد بين وصفين: الإفراز والمبادلة، والإفراز: أخذ عين حقه، والمبادلة: أخذ عوض حقه. والإفراز: هو الظاهر الغالب في المثليات (المكيلات والموزونات والذرعيات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض) لعدم التفاوت بين المثليات. والمبادلة: هي الظاهر الغالب في غير المثليات، أي القيميات، كالحيوانات والدور وأصناف العروض التجارية، للتفاوت بين أفرادها.

- ويرى المالكية أن قسمة المراضاة: وهي التي تتم بلا قرعة كالبيع، وقسمة القرعة: وهي تمييز حق في مشاع بين الشركاء تكون إفرازاً لا بيعاً. وقسمة المهايأة في المنافع كالإجارة.

- ويرى الشافعية والحنابلة: أن القسمة إفراز إلا إذا كان فيها ردّ، أي ردّ عوض عما حصل لشريك من حق شريكه، فتكون بيعاً فيما يقابل الرّد.

وكذلك تكون بيعاً عند الشافعية إذا كانت مشتملة على تعديل للسهام بالقيمة، كتعويض جودة بعض أجزاء الأرض لقوة إنباتها أو قربها من الماء بدفع القيمة.

أنواع القسمة

للفقهاء تقسيمات ثلاثة للقسمة وهي ما يأتي:

- يرى الحنفية والحنابلة أن القسمة نوعان: قسمة رضائية وقسمة جبرية.

أما **القسمة الرضائية**: فهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي، تعد عقداً، يتطلب الإيجاب والقبول، ومحلها العين المشتركة.

وأما **القسمة الجبرية**: فهي التي يتولاها القاضي، بطلب أحد الشركاء، وتكون ملزمة للطرفين.

- ويرى المالكية: أن القسمة نوعان: قسمة مراضاة، وقسمة قرعة.

أما **قسمة المراضاة**: فهي أن يتراضى الطرفان على أن كل واحد يأخذ شيئاً من المال المشترك، دون إجراء قرعة. وهي كالبيع.

وأما **قسمة القرعة**: فهي تمييز حق مشاع بين الشركاء بالقرعة. وتعد إفرازاً لا بيعاً، ولا تكون إلا في المتماثلات.

- ويرى الشافعية: أن القسمة ثلاثة أنواع: قسمة إفراز، وقسمة تعديل للسهام، وقسمة ردّ.

أما **قسمة الإفراز**: فهي إفراز حق كل من الشركاء، وهي تمييز للحق لا بيع، وتحدث فيما لا ضرر فيه كالمثليات.

وأما **قسمة التعديل للسهام**: فهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة، لتحقيق المساواة بين الشركاء، كتميز بعض أجزاء الأرض بقوة إنبات أو قرب ماء، أو اشتمال على نوع معين من الشجر كنخل، وفي القسم الآخر: عنب، فيها معنى البيع.

وأما **قسمة الرّد**: فهي التي تحتاج إلى ردّ مال أجنبي عن ذات المقسوم، بسبب اشتمال جزء من الأرض على ميزة كبئر أو شجر مثلاً، وهي بيع.

والأولى إفراز، والآخران بيع، وتصح القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي.

شروط القسمة

لكل من قسمة التراضي وقسمة الإجبار شروط.

وشروط قسمة التراضي عند الحنفية أربعة:

١- الأهلية: وهي عندهم العقل (التمييز) فلا تجوز قسمة المجنون والصبي غير المميز لعدم الأهلية، لوجود معنى البيع فيها. ولا يشترط البلوغ عندهم، وعند الآخرين يشترط.

٢- الملك أو الولاية: أي أن يكون القاسم مالكاً عين ما يقسمه وقت القسمة، أو ولياً على التصرف المالي كالأب ووصيه، والجد ووصيه.

٣- حضور الشركاء أو نوابهم: فلا تصح القسمة الرضائية على غائب وتنقض، خلافاً للقسمة الجبرية، أي التي يجريها القاضي.

٤- رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم: فإن لم يوجد الرضا لا تصح القسمة، كما لا يصح البيع. والرضا مطلوب باتفاق المذاهب.

وشروط قسمة الإجبار أربعة أيضاً:

١- طلب الشركاء أو بعضهم من القاضي القسمة: فلا تجوز هذه القسمة من غير طلب أصلاً، لأنها تصرف في ملك الآخرين.

٢- ألا يترتب على القسمة ضرر إذا كان الشيء قابلاً للقسمة، فإن كان في القسمة ضرر، لم تجب هذه القسمة، مثل السيارة والفرس.

فإن أضرت القسمة بأحد الشريكين، وجبت القسمة إن طلبها صاحب الحصة الأكثر، فإن طلبها صاحب الحصة الأقل، لا يقسم المال في الكتاب للقدوري، ويقسم في مختصر الحاكم الشهيد.

وهذا رأي المذاهب الأخرى، وذكر المالكية أنه إذا كان المال غير قابل للقسمة، ويباع ويوزع ثمنه بين الشريكين بحسب الحصة.

٣- أن تكون القسمة عادلة غير جائرة: لأنها إن كانت جائرة لم يتحقق التراضي، ولا إفراز النصيب على وجه كامل.

٤- أن يكون المال المشترك في قسمة الجمع[١] من جنس واحد في رأي أبي حنيفة: كالمثليات. أما القيميات كالدور والأراضي فلا تقسم عنده، للتفاوت الفاحش بين دار ودار وأرض وأرض.

وتقسم في رأي الصاحبين، ويعدل التفاوت بالقيمة.

كيفية القسمة

يمسح القاسم الأرض، ويفرز على حدة كل نصيب عن غيره مع حقوق الارتفاق كالطريق والمرور ونحوهما، وتحدد الأنصباء بالأرقام، ويطلق على كل نصيب اسم «السهم» وتسجل أسماء المتقاسمين في أوراق متشابهة، وتوضع في وعاء، ثم يقرع بينهم على سبيل الندب والاستحسان، تطييباً للقلوب، أي إن القرعة مندوبة عند الحنفية.

وإذا كان المال المشترك من المثليات تكون القسمة بالكيل أو الوزن أو العدّ أو الذَّرْع.

وقد أجاز الشافعية والحنابلة تعديل القسمة بالقيمة والنقود، في القيميات، التي لا تقبل الإفراز. ولم يجز الحنفية في قسمة التفريق[٢] إدخال النقود إلا بتراضي الشركاء فيما بينهم.

---

(١) قسمة الجمع: هي أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة.

(٢) قسمة التفريق: هي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك، كقسمة الدار الكبيرة بين الشركاء، حيث يختص كل شريك بمقدار حصته.

القاسم

هو الذي يمارس القسمة، واحداً أو أكثر، وقد يقوم الشركاء أنفسهم بقسمة التراضي، إلا إن كان فيهم صغير، فيحتاج الشركاء إلى إذن القاضي.

ويندب للقاضي تعيين قاسم دائم، على حساب بيت المال.

ويشترط في القاسم لإنجاح مهمته: أن يكون عدلاً عالماً بالقسمة، ومعيناً من القاضي، ويبالغ في تعديل الأنصباء وتسوية السهام بقدر الإمكان، ويقرع بين الشركاء بعد الفراغ من القسمة، لأن القرعة أنفى للتهمة.

واشترط الشافعية والحنابلة في القاسم المعين من القاضي سبعة شروط وهي: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعدالة، وعلم المساحة والحساب، لأن هذا العلم آلة القسمة.

والقاسم المعين من القاضي يكون أجره من بيت المال، أما إن كان القاسم باختيار الشركاء في مقابل أجر، فالأجر على الشركاء بحسب العدد في رأي أبي حنيفة ومالك، وبقدر الحصص في رأي الصاحبين والشافعية والحنابلة.

أحكام القسمة

للقسمة أحكام عامة وهي:

أولاً- لزوم القسمة: فهي من العقود اللازمة اتفاقاً.

ثانياً- ثبوت الخيار: تثبت عند الحنفية الخيارات الثلاثة (الشرط، والعيب، والرؤية) في قسمة الأجناس المختلفة، وفي قسمة القيميات. أما المثليات فيثبت فيها خيار العيب فقط دون غيره.

وأثبت المالكية والحنابلة والشافعية خيار العيب في قسمة المراضاة، تعديلاً للقسمة، لكن ذلك عند الشافعية عام في قسمة الرَّد والتعديل، لأنها بيع، أما قسمة الإفراز فقالوا: تنقض في حال الحيف أو الغلط.

ثالثاً - آثار القسمة: يترتب على القسمة تعيين الأنصباء بنحو مستقل، وثبوت حق كل شريك في جميع التصرفات المقررة لصاحب الملكية المطلقة، ولا تثبت الشفعة بالقسمة، لأنها - القسمة - مبادلة من وجه واحد، والشفعة حق في المبادلة المحضة.

رابعاً- نقض القسمة: يمكن نقض القسمة بالإقالة أو بالتراضي على فسخها، في الأحوال الآتية:

ظهور دين على الميت، وظهور وارث أو موصى له في قسمة التراضي، وظهور غبن فاحش (وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين) ووقوع غلط في المال المقسوم، واستحقاق بعض المال المقسوم.

قسمة المنافع (المهايأة)

تعريفها ومشروعيتها، ومحلها، وصفتها، وأنواعها، وما يملكه كل شريك من التصرف بعد القسمة.

تعريف المهايأة ومشروعيتها

المهايأة **لغة**: مفاعلة من الهيئة، وهي الحالة أو الهيئة الواحدة التي يرضى بها كل من الشريكين .**وفقهاً**: اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار، أو متعدد كدارين، بمنفعة شيء، في زمن معلوم. أي إن تعين الزمن في المهايأة شرط، لأنه يعرف به قدر الانتفاع، وإلا فسدت المهايأة.

وهي جائزة استحساناً للحاجة إليها، لأنه قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع، ولقوله تعالى في شأن ناقة صالح عليه السلام: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ٢٦/ ١٥٥]، وقسم النبي ﷺ في المسير إلى وقعة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر، وكانوا يتعاقبون على ركوبه[١].

(١) سيرة ابن هشام ١/ ٦١٣

محلها

منافع الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها (ذاتها) لأنها قسمة المنفعة دون العين.

وقسمة الأعيان أقوى من قسمة المهايأة، لأن الأولى جمع المنافع على الدوام، والثانية جمع المنافع مؤقتاً.

صفتها

للفقهاء رأيان في لزوم المهايأة:

- ذهب الجمهور: إلى أنها عقد غير لازم، فلكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء، ولا إجبار فيها من القاضي.

- وذهب المالكية: إلى أنها لازمة كالإجارة، فليس لأحد المتقاسمين فسخها، وإنما تفسخ برضاهما.

أنواعها

تنقسم المهايأة تقسيمين: من حيث الرضا والجبر، ومن حيث الزمان والمكان.

التقسيم الأول - المهايأة من حيث الرضا والجبر

١- **المهايأة بالتراضي**: وهي أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء المشترك بينهما على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً، وهي جائزة بالاتفاق.

٢- **المهايأة بالتقاضي**: وهي التي تتم بواسطة القاضي جبراً، بناء على طلب أحد الشريكين، فيقسم القاضي الشيء بينهما، إما بالمهايأة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما، وإما بالمهايأة المكانية بالاختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص.

وهي جائزة عند الحنفية تحقيقاً للعدل بين الشركاء، وتوفيراً لمصلحتهم، والإجبار لحاجة الناس إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء.

ولا يجبر على المهايأة من أباها عند الجمهور، لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع.

التقسيم الثاني المهايأة من حيث الزمان والمكان

١- **مهايأة زمانية**: وهي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، أو بنسبة حصته، كأن يتهايأ اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة والآخر سنة أخرى، أو على سكنى الدار بالمناوبة سنة فسنة. وهي جائزة لقوله تعالى: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ٢٦/ ١٥٥]، وقوله سبحانه: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٥٤/ ٢٨] وللحاجة إليها.

صفتها: هي عند الحنفية كقسمة الأعيان إفراز من وجه مبادلة من وجه، كالمقترض لنصيب شريكه.

وهي عند المالكية والشافعية والحنابلة معاوضة أو مبادلة، فلا يجبر عليها كالبيع.

تعيين المدة: يشترط فيها تعيين المدة، بخلاف المهايأة المكانية، لأن تعيين الزمان يعرف به قدر الانتفاع.

انتهاؤها: لا تبطل بموت أحد العاقدين أو بكليهما، لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم، ولا فائدة في الاستئناف. وإنما تنقضي باتفاق الطرفين على إنهائها، ببيع المال المشترك.

٢- **المهايأة المكانية**: هي أن يخصص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد، فيشغل كل شريك جزءاً من الدار مثلاً، والآخر بقية الدار.

وهي جائزة، لأنها نوع من القسمة كقسمة الأعيان، وجوازها كالمهايأة الزمانية للحاجة.

محلها: تجري هذه المهايأة في المال المشترك الذي يقبل القسمة، كالدار الكبيرة. ولا تصح فيما لا يقبل القسمة كالسيارة والكتاب، وإنما تتعين فيه المهايأة الزمانية.

صفتها: هي عند الحنفية إفراز لجميع الأنصبة، وليست مبادلة، إذ لو كانت مبادلة لما صحت، لتوافر ربا النسيئة فيها، لأن اتحاد الجنس وحده كافٍ عندهم في وجود هذا الربا.

مدتها: لا يشترط فيها تعيين المدة، بخلاف المهايأة الزمانية، لأن مكان المنفعة معلوم، فصارت المنافع معلومة بمكانها، أما الزمانية فتحتاج لبيان المدة لتقدير حجم المنفعة. لكن المالكية اشترطوا في المهايأة المكانية تحديد المدة.

انتهاؤها: لا تنقضي هذه المهايأة كالزمانية بموت أحد الشريكين أو بموتهما، لأنها لو بطلت لاستؤنفت، ولا فائدة في الاستئناف، لأن لكل شريك فسخها متى شاء، إنما تنقضي بالتراضي على إنهائها، ببيع المال المشترك.

ما يملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة

يملك كل متهايئ بعد المهايأة استعمال الشيء كما يريد، سواء كانت المهايأة زمانية أو مكانية.

ويملك في المهايأة المكانية استغلال (استثمار) الشيء بالإجارة والإعارة ونحوهما، ولا يملك ذلك بالمهايأة الزمانية، لأنها في معنى الإعارة، والعارية لا تؤجر.

* * *

المبحث السابع
الغصب والإتلاف

الغصب

تعريفه وتحريمه، وأثر اختلاف الفقهاء في معناه، وأحكامه.

تعريف الغصب وتحريمه

الغصب **لغة**: أخذ الشيء ظلماً أو قهراً جهاراً، **وشرعاً** فيه اصطلاحان:

- يرى الحنفية أنه: أخذ مال متقوَّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده. فلا يعد غصباً أخذ مال غير متقوم (لا يباح الانتفاع به شرعاً) كالخمر والخنزير، أو غير محترم كمال الحربي، أو كان أخذه بإذن المالك كالموهوب ونحوه، أو على وجه لا يزيل يد المالك عنه، كزوائد المغصوب كالولد والثمرة، والجلوس على فراش الغير، لأن الجلوس استعمال لم يزل يد المالك عنه.

- وعرفه الجمهور بأنه في عبارة الشافعية والحنابلة: استيلاء على حق الغير[(١)] عدواناً. فيشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات كحق التحجر، والأموال غير المتقومة كالخمر، وما ليس بمال كالكلب والسرجين وجلد الميتة.

وفي عبارة المالكية هو: أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة. يشمل «أخذ المال» أي الاستيلاء عليه الغصب وغيره كأخذ المودع ماله من الوديع، أو أخذ الدائن ماله من المدين. والمال: يراد به ذات الشيء أي العين المادية. فلا يعد «التعدي» وهو الاستيلاء على المنافع غصباً كسكنى الدار وركوب الدابة. و «قهراً» لإخراج

(١) يشمل أخذ المال والاختصاص في المنافع.

السرقة فإنها تحدث خفية، وإخراج المأخوذ اختياراً كالمستعار والموهوب، و«تعدياً» لإخراج المأخوذ قهراً بحق، كأخذ المال من المدين المماطل أو من الغاصب، وأخذ الزكاة كرهاً من الممتنع عن أدائها. وكلمة «بلا حرابة» لإخراج المأخوذ بالحرابة، فهي غير الغصب.

يتبين من هذا أن المالكية يفرقون بين الغصب والتعدي، فالغصب أخص، والتعدي أعم، لشموله الأموال والفروج والنفوس والأبدان، فالغصب: أخذ ذات الشيء، والتعدي: أخذ المنفعة.

والغصب حرام لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٨]، وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٤/ ٢٩].

وقوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم..»(١)، وقوله: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»(٢)، «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين»(٣)، «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٤).

أثر اختلاف الفقهاء في تعريف الغصب

تبين مما ذكر في التعريف وجود اصطلاحين في تعريف الغصب:

- يرى الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف): أن الغصب لا يتحقق إلا بأمرين: إثبات اليد العادية (أي الغاصب بأخذ المال) وإزالة اليد المحقة (أي بالنقل والتحويل).

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي بكرة رضي الله عنه.

(٢) رواه أبو إسحاق والجوزجاني والدارقطني عن أنس وعمرو بن يثربي رضي الله عنهما.

(٣) متفق عليه بين أحمد والشيخين من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة (الخمسة) وصححه الحاكم من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

- ويرى الجمهور (محمد وزفر من الحنفية، والمذاهب الثلاثة الأخرى): أن الغصب يتحقق بمجرد الاستيلاء، أي **إثبات** اليد على مال الغير بغير إذنه، ولا يشترط **إزالة** يد المالك. ولا يشترط الاستيلاء الفعلي، وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه.

ويظهر أثر الاختلاف بين الاتجاهين في أربعة أحوال:

١- غصب العقار

لا يتصور العقار في رأي الشيخين، وإنما يقتصر الغصب على أخذ المنقولات فقط، لأن إزالة يد المالك بالنقل والتحويل لا تتحقق إلا في المنقولات، أما العقار فلا يمكن نقله وتحويله، فمن غصب عقاراً فتلف بآفة سماوية كغرق أو حرق، فلا يضمن عندهما، أما لو أتلفه الغاصب فيضمنه، لوجود الإتلاف.

وفي الاتجاه الثاني: يتصور غصب العقار كالدور والأراضي، ويجب على الغاصب ضمانها، لأنه يكفي لتوافر معنى الغصب إثبات يد الغاصب على الشيء بالسكنى وغيرها.

وهذا الاتجاه أسلم نظرياً وعملياً وبمقتضى الثابت في السنة النبوية: «من ظلم شبراً من الأرض طوَّقه الله من سبع أرضين»[١]، وفي لفظ: «من غصب شبراً من الأرض» فهو يدل على تحقق الغصب في العقار.

٢- زوائد المغصوب

لا تضمن هذه الزوائد بمقتضى الاتجاه الأول إذا هلكت بلا تعدٍّ، وإنما هي أمانة في يد الغاصب، سواء كانت منفصلة كالولد والثمرة، أو متصلة كالسمن والجمال، لعدم توافر أحد شطري الغصب وهو إزالة يد المالك، لأن يده لم تكن ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب. فإن تعدى الغاصب على هذه الزيادة بالإتلاف مثلاً ضمنها، لأنه بالتعدي صار غاصباً.

---

(١) متفق عليه بين أحمد والشيخين (البخاري ومسلم) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وفصل المالكية بين الزيادة المتصلة فلا تضمن عندهم، وبين الزيادة المنفصلة فتضمن بالهلاك أو الاستهلاك.

وذهب محمد بن الحنفية والشافعية والحنابلة: إلى أن زوائد المغصوب في يد الغاصب تكون مضمونة، لأن إثبات يد الغاصب عليها متحقق، وهو كاف.

٣- منافع المغصوب وغلته

لا تضمن منافع المغصوب عند الحنفية كالركوب والسكنى، سواء استوفاها أو عطلها، لأن المنفعة ليست مالاً عندهم، واستثنى متأخرو الحنفية ثلاثة مواضع: كون المغصوب وقفاً، أو ليتيم، أو معدّاً للاستغلال (الاستثمار) بأن بناه صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض. ولا تطيب منافع المغصوب للغاصب في رأي أبي حنيفة ومحمد، وتطيب له في رأي أبي يوسف وزفر.

وفصل المالكية قائلين: يضمن الغاصب غلة مغصوب مستعمل، ولا يضمن ما نشأ من غير استعمال، ولو عطله على صاحبه. هذا في غصب الذات، فإن قصد الغاصب غصب المنفعة - وهي حالة التعدي عندهم - فيلزمه كراء المثل.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه يضمن الغاصب منفعة المغصوب، وعليه أجر المثل، سواء استوفى المنافع أم تركها تضيع.

٤- غصب غير المتقوم

- يرى الحنفية: أنه لا يضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غصبه وهلك في يده أو استهلكه، أو خلل الخمر، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم، ومثلها الخنزير غير متقوم. لكن لو خلل الغاصب الخمر ثم استهلكها ضمن مثلها خلاً لا خمراً.

ويضمن الغاصب خمر الذّمي أو خنزيره إذا استهلكه، لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون. وكذلك يضمن المسلم قيمة صليب غصبه من نصراني، فهلك في يده، لأننا أقررناه على ذلك.

ويرى أبو حنيفة أن من كسر لمسلم آلة لهو كالطبل والمزمار، فعليه ضمانها خشباً منحوتاً صالحاً لغير اللهو. ولا تضمن عند الصاحبين آلات الملاهي، لأنها أعدت للمعصية.

- وكذلك قال المالكية: لا تضمن خمر المسلم وخنزيره وآلات الملاهي والأصنام، لقوله ﷺ: «إن الله تعالى ورسوله حرَّم بيع الخمر والميتة، والخنزير والأصنام»[(١)]، ولأنه لا قيمة لها في نظر الشرع.

ويضمن عندهم المسلم خمر الذّمي لتعديه عليه. ويضمن أيضاً قيمة جلد الميتة ولو لم يجز بيع الجلد.

- وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه لا تضمن الخمر والخنزير، لمسلم أو غيره، ولا تضمن الأصنام وآلات الملاهي، لكن أجاز الشافعية ضمانها خشباً منحوتاً، كما قال أبو حنيفة. وترد الخمر إلى الذّمي ما زالت باقية عند الغاصب.

أما لو غصب عصيراً فتخلل فيجب ردّه إلى المالك وعليه عند الشافعية أرش ما نقص من قيمته. وأوجب الحنابلة ردّ مثل العصير. ومن غصب جلد ميتة فدبغه فعليه ردّه لصاحبه كالخمر المتخللة. ولا يلزم عند الحنابلة برده ولو دبغه، لأنه لا يطهر بالدبغ عندهم.

أحكام الغصب

للغصب ثلاثة أحكام:

الأول- الإثم: فيستحق الغاصب المؤاخذة الأخروية، لأن الغصب معصية، والمعصية توجب المؤاخذة، لقوله ﷺ: «من غصب شبراً من أرض، طوّقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة»[(٢)].

---

(١) رواه البخاري ومسلم من حديث جابر رضي الله عنه يوم فتح مكة.

(٢) سبق تخريجه قريباً.

ويؤدب الغاصب في الدنيا بالضرب والسجن في رأي الحنفية والمالكية، رعاية لحق الله تعالى.

الثاني ردّ العين المغصوبة ما دامت موجودة: لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(١)، «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه، فليردها عليه»(٢).

الحكم الثالث ضمان المغصوب عند الهلاك: وفيه عدة موضوعات:

١- كيفية الضمان

يجب ضمان المغصوب كما عرفنا، وقاعدة الضمان: أنه يجب ضمان المثل اتفاقاً إذا كان المال مثلياً، وقيمته إذا كان قيمياً، فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة.

وضمان المثل لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]، ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠]، ولأن المثل أقرب إلى الأصل التالف.

وضمان القيمة: لتعذر الوفاء بالمثل صورة ومعنى، فيجب المثل المعنوي وهو القيمة، لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله.

والمال المثلي: ماله مثل في الأسواق دون تفاوت يعتد به، والمثليات أربعة أنواع: المكيلات كالحبوب، والموزونات كالسكر والزيت، والذّرعيات كقطع القماش، والعدديات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالجوز والبيض والمصنوعات المتماثلة من كؤوس ودفاتر وأقلام ومطبوعات.

والقيمي: ما ليس له مثل في الأسواق، أوله مثل لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة.

---

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن السائب بن يزيد عن أبيه.

وخلاصة كيفية الضمان: أنه يجب في الأصل إزالة الضرر عيناً كإصلاح الحائط، وردّ عين المغصوب ما دام موجوداً، وجبر المتلف وإعادته صحيحاً، فإن تعذر ذلك وجب التعويض المثلي في المثليات، والقيمة في القيميات.

٢- وقت وجوب الضمان

للفقهاء آراء ثلاثة:

يرى الحنفية والمالكية أنه تقدر قيمة المغصوب يوم الغصب، لأن الضمان وجب بالغصب، فتقدر قيمته يوم الغصب.

- وذهب الشافعية: إلى أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف. وأما المال القيمي فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف.

ورأى الحنابلة: أنه إن كان المغصوب من المثليات، وفقد المثل، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل، لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل.

وأما المال القيمي فالواجب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين الرّد.

٣- براءة الغاصب من عهدة الضمان

يبرأ الغاصب من عهدة الضمان بأحد أمرين: أداء الضمان إلى المالك أو نائبه، أو بالإبراء من الضمان، صراحة مثل: أبرأتك عن الضمان، أو بما يجري مجرى الصريح، وهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين، فيبرأ الآخر.

ويرى الحنفية أن الغاصب بعد ضمانه يملك المغصوب من وقت وجود الغصب، حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك المالك. ولا يحل في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب الانتفاع بالمغصوب بأن يأكله أو يطعمه غيره قبل أداء الضمان،

لأمر النبي ﷺ من ذبح شاة جاره على أن يرضيه بثمنها (الشاة المصلية - المشوية) بقوله: «أطعموها الأسارى»[١].

ولا يملك الغاصب في رأي الجمهور الشيء المغصوب بدفع القيمة، وليس له التصرف به بعقد أو غيره، لحديث «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردّ»[٢].

لكن أفتى بعض محققي المالكية أنه لو تلف المغصوب عند الغاصب أو استهلكه، له الانتفاع به، لأنه وجبت عليه قيمته في ذمته، وأفتوا بجواز الشراء من لحوم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين، فذبحوها.

٤- نقصان المغصوب

اتفق الفقهاء على أن الغاصب لا يضمن نقص المغصوب بسبب هبوط الأسعار، لأن ذلك مرجعه إلى الله تعالى.

ولكنه يضمن نقصان المغصوب بسبب فوات وصف مرغوب فيه كضعف الحيوان، أو بسبب فوات معنى مرغوب فيه كالشيخوخة بعد الشباب، أو بزوال جزء من المغصوب كخرق الثوب، وهذا متفق عليه أيضاً.

٥- زيادة المغصوب

اتفق الفقهاء أيضاً على أن الغاصب يلزم بردّ المغصوب إلى صاحبه، وإزالة ما أحدثه فيه من بناء أو زرع أو غرس، لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[٣]، إلا أن الحنفية قالوا: من غصب شيئاً كخشبة، فوضعها في بنائه، وكانت قيمة البناء أكثر، زال ملك مالكها عنها، ولزمه قيمتها، تلافياً للضرر الواضح به، من غير فائدة تعود على المالك. أما إن كانت قيمة الخشبة أكثر من قيمة البناء، فلم يزل ملك مالكها، لأنه يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين.

---

(١) رواه أبو داود وأحمد والدارقطني عن رجل من الأنصار (نصب الراية ٤/ ١٦٨).

(٢) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها، وتقدم تخريجه.

(٣) رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير رحمه الله تعالى.

٦- ضمان غلة المغصوب ومنافعه

لا تطيب غلة المغصوب للغاصب في رأي أبي حنيفة ومحمد، لحصول الربح بسبب خبيث. ولا تضمن منافع المغصوب عند الحنفية كالسكنى، والركوب، واللبس، واستعمال الشيء، والزراعة، إلا ثلاثة أشياء: أن يكون المغصوب وقفاً، أو مال يتيم، أو مالاً معدّاً للاستغلال (الاستثمار) لأن المنفعة عندهم ليست بمال متقوم كما تقدم.

وتضمن منافع المغصوب في رأي الجمهور، إلا أن المالكية قصروا الضمان على حالة الاستعمال، ولا تضمن حالة الترك إذا غصب ذات الشيء. أما إذا غصبت المنفعة فقط كإغلاق الدار وحبس الدابة، فيضمنها الغاصب وإن لم يستعملها.

٧- غاصب الغاصب

لو غصب شخص من آخر شيئاً، فقام آخر وغصبه منه، فهلك في يده، فالمالك بالاتفاق بالخيار: إن شاء ضمَّن الغاصب الأول، لوجود فعل الغصب منه، وهو إزالة يد المالك عنه، وإن شاء ضمَّن الغاصب الثاني أو المتلف، سواء علم بالغصب أم لم يعلم، لأن الغاصب الثاني أزال يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله، ويتمكن من رده عليه.

الإتلاف

تعريفه وإيجابه الضمان، وشروط التضمين به وأركانه، وكيفية الضمان.

تعريف الإتلاف وإيجابه الضمان

الإتلاف: إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة.

وهو سبب موجب للضمان، لأنه اعتداء وإضرار، والله تعالى يقول: ﴿فَمَنِ

﴿اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]، وجاء في الحديث النبوي: «لا ضرر ولا ضرار»[١].

وضمان المتلفات واجب، سواء كان التلف مباشرة (وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف) أو تسبباً (وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره).

وسواء كان التلف عمداً أو خطأ، من كبير أو صغير أو مجنون أو نائم، إلا أن المالكية قالوا: إذا كان المتلف مجنوناً أو غير مميز، فلا ضمان عليه كالعجماء.

السبب في بعض الحالات

اختلف الفقهاء في تقدير وجود السبب في حالات أهمها أربع وهي ما يأتي:

الحالة الأولى - فتح الباب أو حل الرباط

من فتح باب حانوت، ثم تركه مفتوحاً حتى سرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حلَّ رباط دابة فهربت، لا يضمن المتسبب في هذه الأمثلة في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن مجرد الفتح ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً، لتدخل سبب آخر، وهو السرقة أو الطيران أو الهرب أو الغرق ونحو ذلك.

ويضمن هذا المتسبب في رأي المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن، لأنه تسبب في الإتلاف.

وكذلك يضمن عند الشافعية إن هيج الطائر، أو طار في الحال، لكن إن وقف ثم طار، فلا يضمنه، لأنه طار حينئذ باختياره.

الحالة الثانية - فتح وعاء السمن ونحوه

لو فتح شخص وعاء السمن أو الزيت ونحوهما، فخرج ما فيه، فيضمن في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان السمن أو الزيت ذائباً، أما إن كان جامداً، فذاب بالشمس ونحوها، ثم اندلق، لم يضمن، لحدوث سبب آخر.

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما، وهو حديث حسن.

ويضمن المتسبب الأول فيما حدث، في رأي الفقهاء (المالكية والحنابلة والشافعية ومحمد بن الحسن) لأنه متعدٍّ فيما فعل، إلا أن الشافعية قالوا: إن حدث سبب آخر في اندلاق السمن ونحوه كزلزلة أو وقوع طائر، أو جهل الحال، لم يضمن، لأن التلف لم يحصل بفعله.

الحالة الثالثة - الترويع

إذا طلب الحاكم امرأة إلى مجلس القضاء، فخافت ثم أجهضت أو زال عقلها، لا ضمان عليه في رأي أبي حنيفة، لأن السبب ليس متصلاً بالنتيجة قطعاً.

ويضمن الحاكم الدية في رأي جمهور العلماء، لحادثة وقعت في عهد عمر، حيث استدعى امرأة، فأجهضت، فتحملت العاقلة دية الجنين.

الحالة الرابعة - الحيلولة والحبس

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف: أن من حبس المالك عن ماله حتى تلف المال، أو عن ماشيته حتى تلفت، يضمن المنقول، لا العقار لعدم إمكان تحقق الغصب في المنقول دون العقار. وخالفهما محمد، فحكم بالضمان في النوعين.

وذهب الجمهور إلى تضمين من تسبب في التلف، لأنه سبب الهلاك. لكن ذلك عند الشافعية إذا قصد المتسبب منع المالك عن ملكه، فإن لم يقصد ذلك، لم يضمن.

شروط التضمين بالإتلاف

يشترط لإيجاب الضمان بسبب الإتلاف خمسة شروط:

١- أن يكون المتلف أهلاً لإيجاب الضمان: فلا ضمان على ما تتلفه البهيمة من أموال، لأن «فعل العجماء جُبَار» أي هدر. ويشترط التمييز عند المالكية.

٢- أن يكون الشيء المتلف مالاً: فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها، والدم، والتراب، والكلب، والسرجين، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً.

٣- أن يكون المال متقوماً: أي يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار، فلا ضمان بإتلاف الخمر والخنزير لمسلم، لعدم تقومهما.

أما خمر الذِّمي (المعاهَد) وخنزيره ففيهما الضمان في رأي الحنفية والمالكية دون غيرهم.

ولا تضمن الأصنام وآلات الملاهي كأدوات الطرب أو الموسيقا، لعدم تقومها، إلا أنها تضمن خشباً منحوتاً فقط في رأي أبي حنيفة والشافعي.

ولا ضمان بإتلاف كتب الفسق والضلال، لاشتمالها على الكذب، وإلحاقها الضرر بعقيدة الناس ووحدتهم، ولأن ضررها أعظم من ضرر آلات الملاهي.

ولا ضمان أيضاً بإتلاف الأموال المباحة للناس جميعاً، لأنها ليست مملوكة لأحد، وغير متقومة، لأن التقوم لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء.

٤- أن يتحقق الضرر بنحو دائم: فإذا أعيد الشيء إلى حالته التي كان عليها فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء في يد المعتدي.

٥- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة: أي إمكان تنفيذ حكم التضمين. فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي[١] ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، لأنه لا سلطان لحاكم إقليم على رعايا إقليم آخر.

ولا ضمان على العادل[٢] إذا أتلف مال الباغي[٣]، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل، لعدم توافر الولاية والسلطة.

---

(١) الحربي: من كان بيننا وبين بلاده عداوة وحرب.

(٢) العادل: الذي يعيش في دار الإسلام ملتزماً الجماعة والولاء للإمام الحاكم.

(٣) الباغي: من خرج عن ولاية الحاكم بتأويل فاسد لنص شرعي يبغي خلعه، إذا امتنع مع جماعة في بلد، ونظموا عسكراً ونفذوا أحكامهم.

أركان التضمين بالإتلاف تسبباً

١- **التعدي**: من المتسبب، وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع، كحفر بئر في الطريق العام دون إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً.

٢- **التعمد**: أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة: مثل سد الماء عن أرض جاره، حتى ييبس الزرع، فلو لم يكن هناك تعمد لا ضمان، كما لو جفلت دابة من رجل، فهربت وضاعت، لأنه غير متعمد.

والواقع أن المراد بالتعمد هو التعدي، فيضمن المتسبب سواء وجد قصد منه أم لا، لأن القاعدة الصحيحة: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي».

٣- **توافر السببية في تحقيق النتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر**: بأن لم يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر مختار، فإن وجد نسب إليه الفعل مباشرة.

فإن اشترك المباشر والمتسبب، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر بانفراده عادة، كحافر البئر والمردي غيره فيه، يضمن المردي. وإن كان السبب يؤثر بانفراده فيشترك المباشر والمتسبب كمن نخس دابة بإذن الراكب، فوطئت إنساناً، يضمن الاثنان.

وليست حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان، لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير» وليس الجهل بكون المال لغيره سبباً للتخلص من الضمان، فيضمن ولو مع جهله بذلك.

كيفية الضمان

الضمان في الإتلافات المالية كالضمان في الغصب، يضمن المتعدي المثل في المثليات، والقيمة يوم الإتلاف في القيميات وما لا مثل له.

المبحث الثامن
دفع الصائل (الدفاع الشرعي)

معناه ومشروعيته، ومراحله وحكمه، وشروطه، وهل هو حق أو واجب؟ وضمان الفعل في أثناء الدفاع عن النفس والعرض والمال.

تعريف الدفع أو الدفاع ومشروعيته

دفع الصائل: هو ردّ عدوان المهاجم بالقدر اللازم لدفع الاعتداء بحسب تقدير المدافع في غالب الظن. والصائل: من يسطو على غيره ويحاول قهره.

وهو عمل مشروع حفاظاً على النفس أو المال، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]، فهذا دليل على جواز الدفاع وردّ الاعتداء بالمثل، مع التزام مبدأ التدرج أو الأخذ بالأخف فالأخف، لربط الحق بالتزام التقوى.

يؤيده الحديث الثابت: «من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد»[١]. دلَّ على مشروعية الدفاع عن الدين والنفس والمال والعرض، لاعتبار المدافع شهيداً، والشهادة حق وشرف وعزة.

وللمدافع الاستعانة بغيره، ويجوز الدفاع عن الغير، لإنهاء العدوان، بدليل قول النبي ﷺ: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قيل: كيف أنصره ظالماً؟ قال: تحجزه عن الظلم، فإن ذلك نصره»[٢].

---

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة، وصححه الترمذي، من حديث سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد في مسنده والبخاري والترمذي من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

مراحله وحكمه

يلتزم المدافع بالدفع بالأخف فالأخف إن أمكن، من الكلام والاستغاثة بالآخرين، ثم الضرب باليد، ثم استخدام السوط، ثم العصا، ثم قطع عضو، ثم القتل، توقيّاً للأشد، وصوناً للدماء بقدر الإمكان.

وحكمه: الإباحة بالاتفاق، فلا مسؤولية على المدافع من الناحيتين المدنية والجنائية، لا بالدية ولا بالقصاص، إلا إذا تجاوز حدود الدفاع الشرعي، فيصير الفعل جريمة يسأل عنها مدنياً وجنائياً، فيكون عليه القصاص إلا بالعفو إلى الدية. وعلى المدافع أن يثبت بالبينة أن الصائل لم يندفع إلا به، كرؤية الشهود أن الصائل أقبل بسلاح يشهره على المدافع، فضربه هذا.

شروط دفع الصائل

تشترط أربعة شروط وهي:

١- أن يقع اعتداء في رأي الجمهور، وعند الحنفية: أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها، فمن يمارس حق التأديب كالأب والزوج والمعلم وفعل الجلاّد، لا يوصف بكونه اعتداء، وفعل الصبي والمجنون والحيوان الصائل لا يوصف بأنه جريمة عند الحنفية.

٢- أن يكون الاعتداء حالاً: أي واقعاً بالفعل، لا مؤجلاً ولا مهدداً به فقط.

٣- ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر: فإن أمكنه بوسيلة أخرى كالاستغاثة أو الاستعانة بالشرطة أو بأحد من الناس، ولم يفعل، فهو معتد.

٤- أن يدفع الاعتداء بالقدر اللازم لرده بحسب ظنه بالأيسر فالأيسر.

هل الدفع واجب أو حق؟

يعرف هذا بحسب كل نوع من أنواع الدفاع:

أ- **الدفاع عن النفس**: فيه رأيان للفقهاء:

- يرى الجمهور أن الدفاع عن النفس واجب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٥]، ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]، ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠]، ﴿فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٤٩/ ٩].

لكن قيد الشافعية وجوب الدفع بما إذا كان الصائل كافراً أو بهيمة، لأن الاستسلام للكافر ذلّ، والبهيمة تذبح لإبقاء النفس. أما المسلم فيجوز الاستسلام له، بل يسن للحديث: «كن خير ابني آدم»(١) يعني قابيل وهابيل.

وقيد المالكية الوجوب بأن يكون بعد الإنذار ندباً كالمحارب إن أمكن.

- وذهب الحنابلة إلى أن دفع الصائل على النفس جائز، لا واجب، لقول النبي ﷺ في حال الفتنة: «تكون فتن، فكن فيها عبد الله المقتول، ولا تكن القاتل»(٢). وصح أن عثمان رضي الله عنه منع عبيده أن يدافعوا عنه، وكانوا أربع مئة، وقال: «من ألقى سلاحه فهو حرّ».

ولا ضمان لفعل المدافع إذا قتل الصائل مدنياً وجزائياً، فلا دية ولا قصاص، لقوله ﷺ: «من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر»(٣).

واستثنى الحنفية حالة كون الصائل صبياً أو مجنوناً أو دابة، فقتله المدافع، عليه دية الصبي والمجنون، وقيمة الدابة، لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جريمة، فلا تسقط به عصمة النفس، وأما الدابة فلحديث: «العجماء جَرْحها جُبَار»(٤) أي هدر.

---

(١) رواه أبو داود.

(٢) رواه الدارقطني وغيره عن عبد الله بن خبّاب بن الأرتّ.

(٣) رواه النّسائي والطبراني وغيرهما عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه.

(٤) رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ب - **الدفاع عن العرض**: اتفق الفقهاء على وجوب الدفاع عن العرض من المرأة نفسها، ومن أي رجل يمكنه الدفاع، لأن إهمال المرأة الدفاع يؤدي لتمكين المعتدي منها، ولأن الأعراض حرمات الله في الأرض، لا تباح بحال، فيجب صونها، سواء عرض الرجل أو عرض غيره.

ولا مسؤولية على المدافع، فلا دية ولا قصاص عليه، للحديث المتقدم: «من قتل دون أهله فهو شهيد»(١).

وكذلك لا قصاص ولا دية بالاتفاق على من وجد رجلاً يزني بامرأته، فقتله، لقول عمر رضي الله عنه فيمن فعل ذلك: «إن عادوا فعُدْ»(٢).

وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها، وإن كانت مكرهة فعليه القصاص.

ولكن لا بد من البينة (أربعة شهود) كما تقدم في حكم الدفاع عن النفس، لقول سعد بن عبادة: «يا رسول الله، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله، حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال النبي ﷺ: نعم»(٣).

جـ - **الدفاع عن المال**: للفقهاء رأيان:

- يرى المالكية أن الدفاع عن المال واجب، بعد الإنذار كما تقدم.

- وذهب الجمهور: إلى أن الدفاع عن المال جائز، لا واجب، أياً كان مقدار المال، إذا كان الأخذ بغير حق، ولا قصاص على المدافع إن التزم الدفع بالأسهل فالأسهل، للحديث المتقدم: «من قتل دون ماله فهو شهيد» وسبب القول بالجواز هنا أن المال مما يباح بالإباحة، أما النفس فلا تباح بالإباحة. لكن أوجب الشافعية الدفاع عن المال الذي فيه روح كالحيوان لحرمة الروح.

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه.

(٣) رواه الطبراني من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

المبحث التاسع
اللقطة واللقيط

اللقطة **لغة**: ما وجد بعد طلب، سواء الإنسان والحيوان والمال، واللقيط لغة: ما يرفع من الأرض. والكلام فيهما في بيان معنى اللقيط وأحكامه، واللقطة وأحكامها.

اللقيط وأحكامه

اللقيط **عرفاً**: هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة، خوفاً من مسؤولية إعالته، أو فراراً من تهمة الريبة أو الزِّنا، فلا يعرف أبوه ولا أمه، أو لسبب آخر.

أحكامه: الالتقاط عند الحنفية: مندوب إليه، ويكون فرض كفاية إن غلب على الظن هلاك الولد لو لم يأخذه، كأن وجد في مغارة ونحوها من المهالك.

ويرى الجمهور أن التقاط الولد فرض كفاية، إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين.

وفيه أحكام فرعية هي:

١- الملتقط أولى بإمساك اللقيط من غيره

فإن شاء تطوع بتربيته والإنفاق عليه، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم، ليربى على نفقة بيت المال. هذا إذا لم يكن للقيط مال، فإن وجد معه مال، أنفق عليه من ماله.

وهو كاللقطة أمانة في يد الملتقط.

٢- الولاية على اللقيط في نفسه وماله للقاضي

أي في التربية والتعليم والتزويج والتصرف في ماله، لحديث: «السلطان ولي من لا ولي له»[(١)]، والمهر يدفع من بيت المال.

٣- اللقيط حرّ مسلم

الأصل في الإنسان هو الحرية، ولأن الدار دار إسلام ودار حرية.

٤- حكم النسب

اللقيط مجهول النسب، فمن ادعى نسبه صحت دعوته، ويثبت النسب منه، لأن هذا الادعاء إقرار بما ينفع اللقيط.

اللقطة وأحكامها

اللقطة **شرعاً**: المال الضائع من صاحبه، يلتقطه غيره. ولها أحكام:

١- الحكم الشرعي التكليفي

للفقهاء رأيان: يرى الحنفية والشافعية أن الأفضل الالتقاط، حفظاً لمال المسلم، لقوله ﷺ: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[(٢)].

وذهب المالكية والحنابلة: إلى كراهية الالتقاط، عملاً بقول ابن عمر وابن عباس، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام.

وحكم الضمان وعدمه: أن اللقطة أمانة اتفاقاً، فلا تضمن إلا بالتعدي عليها أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب.

لكن بشرط **الإشهاد** عند الحنفية على أنه أخذها ليحفظها، لقوله ﷺ: «من

---

(١) رواه أصحاب الكتب الستة وغيرهم عن عائشة رضي الله عنها، وروي عن غيرها.

(٢) رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وجد لقطة فليشهد ذوي عدل»[١]، أو إذا **تصادق** الملتقط وصاحب اللقطة على أنه أخذها ليحفظها للمالك.

واتجه الجمهور إلى أنه لا يشترط الإشهاد على اللقطة، وإنما يستحب فقط، لأنها وديعة، لحديث: «إن جاء صاحبها، وإلا فلتكن عندك وديعة»[٢]، ولأن الرسول ﷺ أمر زيد بن خالد وأُبي بن كعب بتعريف اللقطة فقط، دون الإشهاد[٣].

٢- ما يصنع باللقطة

يختلف الحكم بحسب نوع اللقطة فهي إما لقطة حيوان أو غيره. أما **لقطة الحيوان**: فيجوز التقاطها في رأي الحنفية والشافعية، لحفظها لصاحبها. وقال مالك وأحمد: يكره التقاط ضالة الحيوان ولقطة المال أيضاً، لحديث زيد بن خالد الجهني عند أصحاب الكتب الستة أن النبي ﷺ سأله رجل عن ضالة الإبل، فقال: «ما لك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها[٤] ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها، وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» وفي حديث آخر رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه عن جرير بن عبد الله: «لا يأوي الضالة إلا ضال» أي إنه يجوز التقاط لقطة غير الحيوان.

وعلى الملتقط تعريف اللقطة سنة، لما رواه البخاري ومسلم عن زيد بن خالد الجهني قال: «سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة، فقال: عرفها سنة».

تعريف اللقطة

يكون بالمناداة عليها أو الإعلان عنها شفهياً أو كتابياً حيث وجدها، وفي الأماكن العامة كالأسواق وأبواب المساجد ونحوها، وذلك بذكر جنسها وبعض أوصافها.

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه عن عياض بن حمار رضي الله عنه.

(٢) رواه مسلم عن سليمان بن بلال رضي الله عنه.

(٣) حديث زيد رواه أحمد والبخاري ومسلم، وحديث أُبيّ رواه أحمد ومسلم والترمذي.

(٤) الحذاء: الخفّ، والسقاء: الجوف.

والتعريف واجب عند الجمهور، للحديث السابق: «عرفها سنة» وهو أمر يقتضي الوجوب.

ويرى أكثر الشافعية: أنه لا يجب تعريفها لمن أراد حفظها لصاحبها، ولكن المعتمد عندهم وجوب التعريف كغيرهم.

مدة التعريف

سنة كما تقدم، إلا إذا كان الشيء قليلاً وهو ما دون ربع دينار عند الجمهور أو دون عشر دراهم عند الحنفية، يعرف زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً. وإلا ضالة الغنم في مكان بعيد عن العمران، يجوز أكلها للحديث السابق: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» لكن يضمن قيمتها عند الجمهور، ولا يضمن عند الإمام مالك لظاهر الحديث. أما الشيء التافه كالتمرة والخرقة ونحوهما فيباح أخذه والانتفاع به، لقوله ﷺ لمن وجد التمرة: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»[١].

ومكان التعريف

كما تقدم: الأسواق وأبواب المساجد ومجامع الناس، لا في المسجد لأنه للعبادة، ولحديث: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردَّها الله إليه، فإن المساجد لم تبنَ لهذا»[٢].

ونفقات التعريف

في رأي الحنفية والحنابلة على الملتقط، وهو أيضاً مضمون مذهب المالكية حيث يفتديها صاحبها بنفقتها، ولم يلزم الملتقط بهذه النفقات عند الشافعية إن أخذها الملتقط بقصد حفظها لمالكها، وإنما من بيت المال. فإن أخذها لتملكها فيلزم بنفقة تعريفها.

(١) رواه الشيخان (البخاري ومسلم) عن أنس رضي الله عنه.

(٢) رواه مسلم وأبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وأما **ما تحتاجه اللقطة** من نفقات أخرى كالدابة فعلى صاحبها.

ولا ترد اللقطة إلى صاحبها إلا ببيان علامة تميزها عن غيرها، أو يثبت بالبينة، أي بالشهادة أنها له.

وفي **تملك اللقطة** رأيان: يرى الحنفية أن للفقير تملكها، وأما الغني فيتصدق بها، للحديث: «لا تحل اللقطة، فمن التقط شيئاً فليعرِّف سنة، فإن جاء صاحبها، فليردها عليه، وإن لم يأت فليتصدق»[١].

وأجاز الجمهور للملتقط غنياً أو فقيراً تملك اللقطة، لحديث زيد بن خالد: «فإن لم تُعْرَف فاستنفقها» أو «وإلا فهي لك» «فانتفع بها» أو «فشأنك بها»[٢]. ففيها الإطلاق الشامل للغني والفقير.

* * *

(١) رواه البزار والدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه مسلم، وروى مسلم وأحمد والترمذي عن أُبي بن كعب: «وإلا فاستمتع بها».

المبحث العاشر
المفقود

المفقود: هو الشخص الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره، ومضى على فقده زمان بحيث لا يعرف أنه حي أو ميت.

وتثبت له عند الحنفية والشافعية الحقوق السلبية دون الإيجابية، فلا يورث ماله ولا تبين منه امرأته، كأنه حي، ولكن لا يرث من أقاربه شيئاً كأنه ميت، وكذلك لا يستحق الموصى به الذي إليه أحد الناس.

وذهب مالك وأحمد: إلى أنه إذا مضى أربع سنوات، يفرِّق القاضي بين المفقود وبين امرأته، وتعتد عدّة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت، لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك في المفقود.

ويحكم القاضي بموت المفقود عند الحنفية والشافعية بعد مضي مدة طويلة بحيث لا يعيش مثله فيها يقيناً أو غالباً على الظن، وحينئذ تقع الفرقة بينه وبين زوجته، ويقسم ماله بين ورثته الأحياء، ولا يرث من أحد.

وللقاضي صلاحيات في مال المفقود وأهله وهي عند الحنفية:

١- يعين القاضي أميناً يحفظ مال المفقود، ويستثمر ماله، ويستوفي حقوقه.

٢- يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد، ويحفظ ثمنه.

٣- ينفق من مال المفقود على زوجته إن كان يعلم ببقاء الزوجية، وكذلك ينفق على أولاده الصغار، وأولاده الفقراء المرضى مرضاً مزمناً.

وإن لم يكن له مال وله ودائع ينفق منها إذا كانت من الطعام والثياب والنقود. ولكن ليس للقاضي أن يبيع ما للمفقود من العروض التجارية والعقارات وإنما للأب فقط أن يبيع العروض التجارية من أجل النفقة، وليس له بيع العقارات إلا بإذن القاضي.

المبحث الحادي عشر
السَّبَق

السَّبَق

المال الموضوع بين أهل السباق، ويقال له: الجائزة أو الرهن أو الخَطَر. والبحث هنا في تعريف المسابقة ومشروعيتها وشروط جوازها.

المسابقة: هي أن يغالب الشخص صاحبه في سباق الخيل أو الإبل أو نحوها.

وهي مشروعة لأن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمَّرة وبين التي لم تُضَمَّر(١).

وهي نوعان: مسابقة بعوض، ومسابقة بغير عوض.

أما المسابقة بغير عوض: فتجوز مطلقاً عن غير تقييد بشيء معين، كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والفيلة والخيول ونحوها. وتجوز أيضاً المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد، لقول عائشة رضي الله عنها: «سابقني رسول الله ﷺ فسبقته، فلبثنا حتى إذا أرهقني اللحم، سابقني، فسبقني، فقال: هذه بتلك»(٢). وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار أمام النبي ﷺ، فسبقه سلمة(٣). وصارع النبي ﷺ رُكانة، فصرعه النبي(٤).

وأما المسابقة بعوض: فتجوز عند الحنفية في أربعة أشياء: في النصل (أي الرمح أو السهم) والحافر، والخف، والقدم، أما الثلاثة الأولى فهي آلات الحرب المأمور بتعلمها، في قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ﴾

(١) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) (٢) رواه أحمد وأبو داود والنَّسائي وابن ماجه وغيرهم عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) رواه أحمد ومسلم عن سلمة بن الأكوع.

(٤) رواه أبو داود عن محمد بن علي بن ركانة.

[الأنفال: ٨/ ٦٠]، فسّر النبي ﷺ القوة بالرمي[١]، وقال أيضاً: «ليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، فإنهن من الحق»[٢]. وأجازوا المسابقة على الأقدام والمصارعة، لما تقدم.

وذهب الجمهور: إلى أنه لا يجوز السباق بعوض إلا في النصل (السهم أو الرمح) والخف (البعير والبقر ونحوها) والحافر (الفرس والبغل والحمار) للحديث: «لا سَبَق إلا في خف أو حافر أو نصل»[٣]. والسَّبَق كما تقدم: ما يجعل للسابق على السبْق من جُعْل.

أما المسابقة على الأقدام والمصارعة: فلا تجوز بعوض، لأنها لا تنفع في الحرب.

شروط جواز المسابقة بعوض

تشترط شروط هي:

١- أن تكون المسابقة في الأنواع النافعة في الجهاد، وهي الأنواع الأربعة المذكورة عند الحنفية (النصل والخف والحافر والقدم) وعند الجمهور الأنواع الثلاثة الأولى.

٢- أن يكون العوض من أحد الجانبين المتسابقين أو من شخص ثالث: فإن كان العوض من الجانبين وهو الرهان، فلا يصح إلا بمحلِّل، أي لشخص ثالث يكون فرسه أو بعيره مكافئاً لفرسيهما أو بعيرهما مثلاً إذا سبقهما، فإذا سبقهما أخذ الرهان المدفوع منهما، وإن سبق أحدهما لم يغرم هو شيئاً، ولا يأخذ أحدهم شيئاً، للحديث: «من أدخل فرساً بين فرسين، وهو لا يأمن أن يُسبَق فليس بقمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبَق فهو قمار».

---

(١) رواه أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر رضي الله عنه.

(٢) رواه أبو داود والترمذي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه.

(٣) رواه أصحاب السنن الأربعة وغيرهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

فإن كان العوض المدفوع من كلا الجانبين من دون محلل فيحرم السباق، لأنه من القمار الحرام.

٣- أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق أحدهما: فإن كانت فيما يعلم غالباً أن يسبق غيره، فيحرم، لأن معنى التحريض حينئذ لا يتحقق، فصار الرهان التزام المال للغير بشرط لا منفعة له فيه.

٤- العلم بالمال المشروط ومعرفة نقطة البدء والنهاية وتعيين الفرسين مثلاً، كما ذكر الشافعية.

وعلى هذا، فإن السباق الذي يكون فيه دفع العوض من شركة أو مؤسسة أو من الدولة جائز، لأنه من شخص ثالث. والسباق الذي يجري الآن على رهان من المتسابقين بأن يدفع كل منهما مبلغاً من المال مساوياً للآخر: حرام لأنه قمار.

❊ ❊ ❊

المبحث الثاني عشر
الشفعة

تعريفها ومشروعيتها، ومحلها (المشفوع فيه) والشفيع ومراتب الشفعة (أسباب استحقاقها) وتزاحم الشفعاء، وشروطها، وأحكامها، وإجراءاتها (طلب الشفعة)، ومسقطاتها.

تعريف الشفعة ومشروعيتها

الشفعة **لغة**: مأخوذة من الشفع أي الضم أو الزيادة والتقوية، **واصطلاحاً** هي بتعبير الشافعية: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما مَلَك بعوض. وهذا يعني أن الشفعة مقصورة على الشريك القديم، لا الجار.

وتعبير الحنفية هي: حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري بما قام عليه من ثمن وتكاليف، لدفع ضرر الشريك الدخيل، أو الجوار. وهذا يعني أن الشفعة عندهم تثبت للشريك والجار.

والشفعة محصورة في العقار، ولا تشرع في المنقول، لعدم دوام الضرر.

وهي مشروعة بالسنة في أحاديث، منها حديث جابر: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شفعة»[١]، أي إنها مشروعة في العقارات.

ومنها حديث آخر لجابر: «الجار أحق بشفعة جاره يُنتظر بها، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»[٢].

---

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه، وصرفت: بينت مصارفها، بتخفيف الراء، أو تشديدها.

(٢) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النَّسائي.

وحكمتها: دفع ضرر الشريك الجديد أو الجار الجديد، متمثلاً بقول الفقهاء: إعلاء الجدار، وإيقاد النار، وإثارة الغبار، ونحو ذلك.

وحكمها: جواز الطلب عند تحقق السبب، ولو بعد سنين.

وصفتها: أن الأخذ بها بمنزلة شراء جديد أو مبتدأ.

محلها

المشفوع فيه بالاتفاق حق في العقار من دار وأرض وبستان وبئر، وبناء وشجر. ولا شفعة في المنقول كالحيوان والثوب والعروض التجارية، للحديث المتقدم: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في أرض أو رَبع أو حائط» أي دار أو بستان، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر الدائم بسوء المشاركة اتفاقاً، أو الجوار عند الحنفية.

وتثبت الشفعة أيضاً عند الحنفية ملحقات العقار من علو، ومرتفعات العقار كالشِّرْب (النصيب من الماء لمالك الأرض) الخاص والطريق الخاص وهو غير النافذ، فإن لم يكونا خاصين فلا شفعة بهما.

ولا شفعة في السفن في المذاهب الأربعة على التحقيق، لأنها كالعروض التجارية من المنقولات، والشفعة مشروعة في الأرض الباقية على الدوام، ويدوم ضررها.

ولا شفعة عند الجمهور غير المالكية فيما ليس بعقار كالبناء والشجر المفرد عن الأرض، فإن كان تبعاً في البيع للأرض، استحقت الشفعة فيه.

وأجاز المالكية الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلاً عن الأرض، لأن كلاً منهما عقار عندهم. وأجازوا أيضاً الشفعة في الثمار والخضار، ولم يجيزوا الشفعة في زرع كقمح، ولا في بقل مما ينزع أصله كبصل وجزر.

الشفيع: هو مستحق الأخذ بالشفعة.

وهو عند الحنفية: الشريك أو الجار، للأحاديث المتقدمة، ومنها: «جار الدار أحق بسَقَبه»[١] و «جار الدار أحق بدار الجار، والأرض»[٢] و «الجار أحق بشفعته»[٣] ودفعاً للضرر الدائم في الجار كالشريك.

وقصر الجمهور الشفعة على الشريك فقط في العقار لا في ملحقاته، ولا تثبت للجار.

ولا فرق في ثبوت هذا الحق بين المسلم وغير المسلم. ودليلهم الحديث المتقدم: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرِفت الطرق، فلا شفعة».

مراتب الشفعة

تثبت الشفعة في رأي الحنفية للشريك في المبيع، ثم شريك الارتفاق، ثم الجار، لقوله ﷺ: «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع»[٤].

تزاحم الشفعاء

إذا كانوا أكثر من واحد، وكل واحد طلب الشفعة فكيف يوزع حق الشفعة؟

أ - إن لم يكونوا من مرتبة واحدة فالأمر سهل، يقدم الشريك في المبيع أولاً، ثم الشريك في حق الارتفاق بالمبيع، ثم الجار، كما جاء في المجلة (م ١٠٠٩).

ب - وإن كان الشفعاء من مرتبة واحدة: كالشركاء في المبيع، قسم العقار المشفوع فيه بين الطالبين جميعاً، بالتساوي بحسب **عدد الرؤوس**، في رأي الحنفية، لاستوائهم في سبب استحقاق الشفعة وهو أصل الملك.

---

(١) رواه البخاري عن أبي رافع مولى النبي ﷺ.

(٢) رواه أبو داود والترمذي والنَّسائي وأحمد وغيرهم من حديث الحسن عن سمرة، وهو كما قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) رواه الترمذي عن جابر رضي الله عنه.

(٤) قال عنه الحافظ الزيلعي: غريب، وقال عنه ابن الجوزي: إنه حديث لا يعرف.

وفي رأي الجمهور: يقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء على **قدر حصصهم** أو أنصبائهم في الملك، لا على الرؤوس، لأن الشفعة حق ناشئ بسبب الملك، فيأخذ كل شريك من الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار المشفوع فيه.

غيبة بعض الشفعاء

يقضى بالشفعة لمن طلبها ولا يؤخر الحاضر، لأن المشكوك فيه لا يزاحم المتيقن، لاحتمال عدم طلب الغائب، فإن جاء الغائب، وطلب الشفعة، وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة، قاسم الحاضر فيما أخذ، أي تنقض القسمة الأولى، ويعاد تقسيم العقار المشفوع به.

وإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الآخذ بالشفعة، وهذا لا يتصور في غير مذهب الحنفية كالشريك والجار، فإن كان الغائب فوق الحاضر (أعلى منه) كالشريك مع الجار، قضي للشريك، وإن كان دونه كالجار مع الشريك منع من الشفعة.

ووافق الجمهور رأي الحنفية المذكور في ثبوت حق الشفعة للغائب، لعموم الحديث النبوي: «الشفعة فيما لم يقسم».

إسقاط بعض الشفعاء حقه

يرى الحنفية أنه إن أسقط شفيع حقه قبل القضاء للشفعاء فللباقين أخذ كل المشفوع فيه، لزوال المزاحمة، وأما إن أسقط حقه بعد القضاء بالشفعة فليس للباقين أخذ نصيب التارك.

وذهب الجمهور إلى أنه إن أسقط بعض الشفعاء حقه في الشفعة، بأن عفا، سقط حقه، وتخير الآخر بين أخذ جميع المشفوع فيه أو تركه كله، لأن إسقاط الحق كالقصاص لا يتجزأ، فمن أسقط بعض حقه سقط كله، لئلا تتبعض الصفقة على المشتري.

أحكام الشفعة

للشفعة أحكام أو آثار أهمها:

أولاً - طريق التملك بالشفعة

إن طريق التملك بالشفعة أحد طريقين عند الحنفية وغيرهم بالاتفاق: إما بتسليم المشتري المبيع للشفيع، وإما بقضاء القاضي، أي بحكم الحاكم من غير أخذ، لأن الملك للمشتري قد تم بالشراء، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي، كالرجوع في الهبة.

ويترتب عليه أن الحصة المشفوع فيها لا تورث عن الشفيع قبل التملك، وتبطل شفعته إذا باع داره التي يشفع بها.

ويثبت حق الشفعة للشفيع حتى ولو ببيع فاسد إذا سقط الفسخ بوجه ما عند الحنفية والمالكية، أو كان البيع مشتملاً على خيار للمشتري، فلا شفعة إذا كان الخيار للبائع. ولا شفعة أيضاً بمجرد الشراء الفاسد، لأنه مستحق الفسخ شرعاً، وإنما باستقرار الفساد، وسقوط الفسخ بوجه من الوجوه كالتصرف بالمبيع أو البناء عليه.

ثانياً - ما يلزم به الشفيع

يلزم الشفيع لأخذ المبيع بالشفعة دفع الثمن المتفق عليه في عقد البيع، ودفع كل ما أنفقه المشتري كأجرة دلال وكاتب ورسوم ونحو ذلك.

وإذا كان بيع العقار مقايضة بعقار آخر، وكان شفيعهما واحد، أخذ الشفيع كل واحد من العقارين بقيمة الآخر، لأنه بدله.

وإذا **حطَّ** البائع عن المشتري بعض الثمن، سقط قدر المحطوط عن الشفيع، لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر ذلك في حق الشفيع.

وإذا **أجل** الثمن كله أو بعضه، لزم الشفيع الدفع في الحال، ولا يستفيد من الأجل الممنوح للمشتري، وإنما يكون للشفيع الخيار بين تعجيل الدفع، أو الصبر حتى ينقضي الأجل، ولا يسقط حقه بتأخيره إلى حلول الأجل، لكن يجب عليه طلب الشفعة في حينها، وإلا سقط حقه فيها. وهذا رأي الحنفية والشافعية.

وذهب المالكية والحنابلة: إلى أن الشفيع يستفيد من تأجيل الثمن الذي تم به العقد، إذا كان مليئاً ثقة، أو كفله مليء ثقة.

واتفقت المذاهب على أنه لا يشترط في **التملك بالشفعة حكم القاضي** بالشفعة، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري، لكن أجاز المالكية إعطاء الشفيع مهلة ثلاثة أيام لإحضار الثمن، وإلا سقطت شفعته.

وإذا **استحق المبيع المشفوع** فيه لآخر، ضمن المشتري الثمن إن أخذ الشفيع المبيع منه ونقده الثمن، وقد يكون البائع هو ضامن الثمن عند الحنفية إذا أخذ الشفيع المبيع منه قبل تسليمه للمشتري، لأنه هو الذي قبض الثمن.

وذهب الجمهور إلى أنه إذا ظهر المبيع مستحقاً أو معيباً، رجع الشفيع بالثمن على المشتري، ثم يرجع المشتري على البائع، لأنه هو المتسبب فيما حدث، وقد أخذ الشفيع المبيع من المشتري على أنه مِلْك البائع باعه إلى المشتري، فيرجع بالعهدة عليه.

شروط الشفعة

يشترط للأخذ بالشفعة شروط هي:

١- خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتّاً لا خيار فيه.

٢- أن يكون العقد عقد معاوضة: وهو البيع وما في معناه.

٣- أن يكون العقد صحيحاً.

٤- أن يكون الشفيع مالكاً وقت الشراء وإلى القضاء بالشفعة.

٥- عدم رضا الشفيع بالبيع.

إجراءات الشفعة

لا يتملك الشفيع الشيء المشفوع فيه إلا بطلبات ثلاثة عند الحنفية هي: طلب المواثبة، وطلب التقرير والإشهاد، وطلب الخصومة والتملك.

وطلب المواثبة بالشفعة عند الحنفية والشافعية والحنابلة يكون فور العلم بالبيع، لأنها حق ضعيف، فيتقوى بالطلب الفوري بحسب المعتاد.

ولم يشترط الإمام مالك المطالبة بالشفعة على الفور، وإنما في حدود سنة بعد العقد، على المشهور.

وطلب المواثبة، أي المبادرة والسرعة: هو أن يطلب الشفيع في مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشفعة، بلفظ يفهم منه طلبها مثل قوله: أطلب الشفعة ونحوه.

وطلب التقرير: أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول، لأنه قد يكون الطلب الأول عن رغبة عارضة من الشفيع، ثم يتبين أمره وظروفه ووضعه المادي، فيكون هذا الطلب مؤكداً ومقرراً الطلب الأول.

ويكون هذا الطلب فور الطلب الأول والإشهاد عليه، وصورة الإشهاد والطلب أن يقول الشفيع: إن فلاناً اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك، ونحوه، فهذا الطلب للتوثيق عند إنكار الخصم.

وطلب الخصومة والتملك: أن يقدم الشفيع طلباً للقضاء، يطلب فيه الحكم بالشفعة وتسليم المبيع، بأن يقول: اشترى فلان دار كذا، وأنا شفيعها بدار كذا لي، أو أنا شريكه فيها، فأطلب منه تسليم الدار إلي.

فلو **أخَّر** الشفيع طلب المواثبة عن مجلس علمه بالبيع من دون عذر، سقط حقه في الشفعة. ولو أخر طلب التقرير والإشهاد مدة يمكن إجراؤه فيها، ولو بإرسال

مكتوب، يسقط حق شفعته. ولو أخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً، دون عذر شرعي، ككونه في ديار أخرى، سقط حق شفعته.

مسقطات الشفعة

يسقط الحق في الشفعة بما يأتي:

١- بيع الشفيع عقاره قبل القضاء له بالشفعة: وهذا متفق عليه، لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة.

٢- تسليم الشفعة: أي إبداء الرغبة بالعدول عنها إما صراحة أو دلالة.

أما صراحة: فمثل أن يقول الشفيع: لا أرغب فيها، أو أسقطتها أو أبرأت عنها ونحو ذلك.

وأما دلالة: فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له، كترك أحد طلبات الشفعة المتقدمة، أو أن يساوم المشتري على شراء ما اشتراه أو إيجاره له، لأن مساومته له دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة. أو أن يكون الشفيع وكيلاً عن البائع فيما باعه.

لكن الشافعية والحنابلة قالوا: لا تسقط الشفعة بتوكيل الشفيع بالبيع.

٣- ضمان الدَّرَك: إذا ضمن الشفيع الدَّرَك عن المشتري للبائع، أي ضمن له الثمن عند المشتري، لأن هذا دليل على الرضا بالبيع الحادث للمشتري، أو أمضى الشفيع البيع بعد أن أعطاه البائع الخيار في إمضاء البيع أو عدم إمضائه.

٤- تجزئة المشفوع فيه: إذا تنازل الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً، سقط حقه في كل البيع، لأن الشفعة حق لا يقبل التجزئة.

٥- وفاة الشفيع: في رأي الحنفية قبل القضاء له بالشفعة أو تسليم المشتري

إليه، لأن حق الشفعة لا يورث، كخيار الشرط، لأن الحقوق لا تورث عندهم، ولأنه بالموت يزول ملك الشفيع عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، والمطلوب تحقق الملك وقت البيع.

يتبين من هذا أن الشفعة حق ضعيف، وشرعت لدفع الضرر عن الشفيع، ولا يصح أن تكون سبباً لضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه، إذا طلب الشفيع أخذ بعض المبيع فقط.

العقوبات الشرعية وأسبابها

العقوبات الشرعية وأسبابها

يتناول هذا الموضوع بيان الحدود الشرعية والتعزيرات والقصاص والديات.

الحدود الشرعية

وتتضمن الكلام عن حد الزنا وحد القذف وحد السرقة وحد الحرابة (قطع الطريق)، وحد شرب الخمر والمسكرات، وحد الردة.

والحد في **اللغة**: المنع، **وشرعاً** في رأي الحنفية: عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى، فليس التعزير حداً، لأنه ليس بمقدر، وليس القصاص حداً، لأنه حق العباد، وفي اصطلاح الجمهور: هو عقوبة مقدرة شرعاً، سواء كانت حقاً لله أم للعبد، فالقصاص عندهم حد.

حد الزنا

سببه وتعريف الزنا، وشروط الحد وصفته ونوع العقوبة، وطرق إثبات الزنا عند القاضي وكيفية إقامة الحد. وحكم فعل قوم لوط، ووطء البهيمة، ووطء الميتة.

تعريف الزنا وسبب الحد

الزنا **لغة وشرعاً** بمعنى واحد وهو: وطء الرجل المرأة في القُبُل في غير الملك وشبهته. وهو سبب حد الزنا، ولكن بضوابط أو شروط دقيقة كأن يكون خالياً عن أي عقد ولو كان عقد شبهة أو فاسداً كنكاح المتعة، وفي غير حال وجود حقيقة الملك ولو كان مشتركاً كوطء الجارية المشتركة بين مالكين، ووطء المجوسية والمرتدة، والمحرمة بسبب الرضاع أو المصاهرة أو المنع المؤقت كالجمع بين الأختين ونحوهما، وفي غير حال وجود شبهة الملك، للحديث: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[١] مثل وطء جواري الغنائم الحربية في دار الحرب، أو بعد الإحراز في دار الإسلام قبل قسمة الغنائم بين المستحقين، وهذا الآن غير موجود، ومثل وطء المطلقة ثلاثاً أو بائناً أو مختلعة في أثناء العدة. ومن الشبهات ما يسمى شبهة الفاعل كوطء امرأة ليلاً وجدها رجل على فراشه فظنها زوجته، أو كان الواطئ أعمى حين نادى زوجته، فأجابته امرأة أجنبية فوطئها، وهو يظن أنها زوجته.

شروط حد الزنا

يشترط في الزاني الذي يستحق حد الزنا عشرة شروط هي: أن يكون بالغاً، عاقلاً، مسلماً في رأي المالكية خلافاً لبقية الأئمة، طائعاً مختاراً، وأن يزني بامرأة

(١) موقوف على ابن مسعود رواه ابن عدي ومسدَّد في مسنده عنه، وهو حسن، وليس حديثاً مرفوعاً أو مسموعاً عن النبي ﷺ.

آدمية، وأن تكون ممن يوطأ مثلها، مع انتفاء الشبهة، وأن يكون عالماً بتحريم الزنا، وأن تكون المرأة غير حربية في دار الحرب أو البغي في رأي الحنفية، خلافاً لغيرهم، وأن تكون المرأة حية في رأي الجمهور غير المالكية.

فلا يحد الصبي، ولا المجنون، ولا الكافر في رأي المالكية، ويحد في رأي الجمهور، ولا يحد المكره على الزنا عند الجمهور غير الحنابلة، ولا واطئ البهيمة بالاتفاق، ولكن يعزر (يؤدب) ولا واطئ صغيرة لا يوطأ مثلها عادة في رأي الحنفية خلافاً لغيرهم، ولا واطئ في حال الشبهة كما تقدم، ولا الجاهل والغالط والناسي كمن نسي طلاق امرأته، ولا الواطئ في دار الحرب أو دار البغي عند الحنفية خلافاً لغيرهم، ولا واطئ الميتة عند الجمهور خلافاً للمالكية.

ويشترط أيضاً تحقق معنى الزنا (وهو تغييب حشفة أصلية في قُبُل امرأة) فلا يحد الواطئ في الدبر أو الفاعل فعل قوم لوط عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين وبقية الأئمة، وإنما يعزر عند أبي حنيفة فقط، وكذلك يعزر اتفاقاً الواطئ فيما دون الفرج كتفخيذ وتبطين.

عقوبة الزنا

هي إما الجلد وإما الرجم.

الجلد

هو حد الزاني البكر، لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۝٢﴾ [النور: ٢٤/٢].

ويجمع عند الجمهور غير الحنفية بين الجلد والتغريب وهو النفي عاماً واحداً لبلد آخر بعيد عن موطنه مسافة القصر، لقوله ﷺ: «خذوا عني قد جعل الله لهن

سبيلاً: البكر بالبكر جلد مئة وتغريب عام..»[١]. ولكن لا تغرب المرأة وحدها، بل مع زوج أو مَحْرم، لقوله ﷺ: «لا تسافر المرأة إلا ومعها زوج أو محرم»[٢]. وذهب المالكية إلى أنه لا تغرب المرأة خشية الوقوع في الزنا مرة أخرى، وإنما يغرّب الرجل سنة بمعنى أنه يسجن في البلد التي غرِّب إليها.

الرجم

هو حد الزاني المحصن (المتزوج) لقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيِّب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٣]. ويؤكد ذلك أن النبي ﷺ رجم ماعز بن مالك الأسلمي حين أقر بالزنا[٤]، ورجم امرأة غامدية أو جهنية أقرت بالزنا[٥]، وامرأة أخرى في قصة العسيف (الأجير) الذي زنى بها بعد أن اعترفت بالزنا[٦].

وشروط أو مواصفات الإحصان (إحصان الرجم) سبعة وهي: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والزواج (النكاح) الصحيح، والدخول بالزوجة على وجه يوجب الغسل، ولو من غير إنزال، وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وقت الدخول في رأي جمهور الحنفية، ولم يشترط أبو يوسف الشرط الأخير، ويترتب على اشتراطه: أنه لو دخل الزوج البالغ العاقل الحر المسلم بزوجته، وهي صبية أو مجنونة أو أمة، لا يصير محصناً ما لم يوجد دخول آخر بعد

---

(١) أخرجه أحمد والموطأ وأصحاب الكتب الستة إلا البخاري والنسائي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً.

(٣) رواه البخاري ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٤) رواه أحمد والشيخان والترمذي وأبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه، ورواه آخرون عن غيره.

(٥) رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن بريدة رضي الله عنه.

(٦) رواه مالك وأحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما.

زوال هذه العوارض، لأن اجتماع هذه الصفات في الزوجين معاً يشعر بكمال الحال، المشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين.

وكون الإسلام أحد شروط الإحصان هو رأي الحنفية والمالكية، فلا يرجم الذمي إذا تحاكم إلينا، ولا تحصن الذمية مسلماً، لقوله ﷺ: «من أشرك بالله فليس بمحصن»(١) وقوله لكعب بن مالك حين أراد أن يتزوج يهودية: «دعها فإنها لا تحصنك»(٢). وأما رجم اليهوديين في عهد النبوة فكان بحكم التوراة قبل نزول آية الرجم، ثم نسخ(٣).

وذهب الشافعي وأحمد وأبو يوسف: إلى أن الإسلام ليس من شروط إحصان الرجم، فيحد الذمي به إذا ترافع إلينا، وتحصن الذمية المسلم، لأن الدين عموماً يصلح للزجر عن الزنا، لحرمته في كل الأديان، قال ابن عمر رضي الله عنهما: أتي النبي ﷺ بيهوديين زنيا، فأمر برجمهما، ولو كان الإسلام شرطاً لما رجما.

والخلاصة: اتفق الفقهاء على خمسة شروط في إحصان الرجم وهي: البلوغ، والعقل، والحرية، وتغييب الحشفة، وتقدم الوطء بنكاح صحيح، أي مبني على عقد زواج صحيح غير فاسد أو باطل.

صفة حد الزنا

الزنا حق خالص لله تعالى، أي حق للمجتمع، لأنه وجب صيانة للأعراض كلها عن المساس بها، ومحافظة على المصلحة العامة.

ويترتب عليه أنه حد لا يحتمل العفو والصلح والإبراء عنه، بعد ثبوته بالحجة

---

(١) رواه إسحاق بن راهوية في مسنده عن ابن عمر، مرفوعاً وموقوفاً، ورواه الدارقطني في سننه، وقال: الصواب أنه موقوف.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، وهو ضعيف.

(٣) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

المقبولة شرعاً، وأنه يجري فيه التداخل، فلو زنى مراراً لا يجب عليه إلا حد واحد، لتحقق الزجر به، لكن لو حُدَّ ثم زنى مرة ثانية، يحد مرة أخرى، لتبين أن المقصود وهو الزجر لم يتحقق بالحد الأول.

الواجب على المكره على الزنا

لا حدّ عند الجمهور على المكره على الزنا، وإنما عليه المهر (الصداق) فقط، لوجود الشبهة، ولقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[١]، وأوجب الحنابلة عليه الصداق والحد جميعاً.

طرق إثبات الزنا عند القاضي

يثبت الزنا بالاتفاق بالإقرار أو بالشهادة، ولا يثبت بعلم القاضي لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويندب سترها.

ويثبت أيضاً في رأي الصحابة بالحبل من البكر، وأخذ المالكية وابن القيم بذلك، وذكر الحنابلة أنه تحد الحامل بالزنا، وزوجها بعيد عنها، إذا لم تدّع شبهة، ولا يثبت الزنا بحمل المرأة وهي خلية لا زوج لها، ولم ير الحنفية والشافعية إثبات الزنا بالقرائن.

الإقرار

يشترط لقبوله البلوغ، والنطق، والطواعية أو الاختيار، فلا يصح إقرار الصبي في شيء من الحدود، ولا يكفي إقرار الأخرس عند الحنفية خلافاً للشافعية، ولا يقبل إقرار المكره في الحدود والأموال.

وأضاف الحنفية شروطاً ستة أخرى في الإقرار وهي تعدد الإقرار أربع مرات لأن ماعزاً أقر أمام النبي ﷺ أربع مرات[٢]، وبه قال الحنابلة أيضاً، خلافاً

---

(١) أخرجه الطبراني عن ثوبان رضي الله عنه.

(٢) تقدم تخريجه، رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه.

للمالكية والشافعية، وتعدد مجالس الإقرار بالزنا، كما حدث في واقعة إقرار ماعز، واكتفى الجمهور بكون الإقرار في مجلس واحد، وكون الإقرار أمام القاضي لا في مجلس آخر، والصحو في الإقرار، فلا يصح إقرار السكران، وكون الإقرار ممن يتصور منه الزنا، فلا يصح إقرار من لا يتصور منه كالمجبوب، لكن يصح إقرار العنِّين والخصي، لوجود الآلة عنده، وأن يكون المزني به ممن يقدر على ادعاء الشبهة بأن كان ناطقاً، فإن لم يقدر كأن تكون المزني بها خرساء، أو المزني به أخرس، لم يصح إقراره، لجواز ادعائه وجود عقد النكاح أو إنكار الزنا.

من توابع الإقرار: أنه حجة قاصرة، لا يسري على الغير، فلو أقر أحد الشريكين بالوطء بالزنا، وأنكر الآخر، أقيم الحد على المقر وحده دون شريكه.

وأن التقادم لا يؤثر في الإقرار بالزنا، لأن الإنسان غير متهم على نفسه، فيقبل الإقرار بالزنا ولو بعد مدة من الحادث.

وأباح الجمهور خلافاً للمالكية الرجوع عن الإقرار بعد صدور الحكم القضائي بالحد، أو بعد إقامة بعض الحد، ويجوز الهرب أيضاً أثناء إقامة الحد، للحديث السابق: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» ولأن ماعزاً حين هرب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة، اتبعه الناس، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «هلا تركتموه، لعله أن يتوب، فيتوب الله عليه»(١).

ويتثبَّت القاضي بعد الإقرار من كون المقر صحيح العقل أم به آفة، ثم يسأله عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وعن المزني بها، لما تقدم، ثم يسأله: أهو محصن أم لا؟ وعن معنى الإحصان وصفاته.

الشهادة أو البينة

هي شهادة أربعة رجال، ذكور، عدول، أحرار، مسلمين، على الزنا، بأن يقولوا: رأيناه وطئها في فرجها، كالميل في المكحلة، كما عبر الفقهاء.

---

(١) رواه أبو داود عن يزيد بن نعيم بن هزَّال عن أبيه، ورواه أحمد والترمذي وحسنه، وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وعلى هذا، يشترط في البينة في كل الحدود كما ذكر الحنفية: البلوغ، والعقل، والذكورة، والحرية، والعدالة، والأصالة[١]، وكذا عدم التقادم فيما يتعلق بالزنا والسرقة وشرب الخمر، من غير عذر ظاهر، بأن لا تمضي مدة بعد مشاهدة الجريمة ويترك تقدير المدة عند أبي حنيفة لاجتهاد القاضي، وقدرها الصاحبان بشهر فأكثر.

وأضاف الحنفية شروطاً أخرى وهي: اتحاد المشهود به (أن يجمع الشهود الأربعة على فعل واحد، في مكان واحد، وزمان واحد) واتحاد المجلس (أن يجتمع الشهود في مجلس واحد وقت أداء الشهادة، لا متفرقين واحداً بعد الآخر) وأن يكون المشهود عليه ممن يتصور منه الوطء، فلو كان مجبوباً لا تقبل شهادتهم، وممن يقدر على ادعاء الشبهة، فإن كان أخرس، لم تقبل شهادتهم، وبقاء الشهود على أهليتهم حتى يقام الحد، فلو ماتوا أو غابوا أو عموا أو ارتدوا، أو خرسوا، أو ضربوا حد القذف قبل إقامة الحد أو قبل القضاء بشهادتهم، سقط الحد. ودليلهم على اشتراط اتحاد المجلس قول عمر: «لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم».

ولو رجع الشهود عن شهادتهم على محصن بالزنا، بعد حكم القاضي عليه بالرجم، فرجم، ضمنوا ديته، لكن لو أنكر الشاهد شهادته بعد الحكم بالرجم، لا يضمن شيئاً من الدية، لأن إنكار الشهادة ليس برجوع.

واتحاد المشهود به متفق عليه، وأما اتحاد مجلس الشهادة فهو شرط عند الحنفية دون غيرهم، فتقبل شهادتهم ولو متفرقين، واشترط المالكية والحنابلة اتحاد مجلس القاضي فقط، وتقادم الشهادة شرط عند الحنفية فقط دون غيرهم، فلا تقبل الشهادة بمضي الزمان عند الحنفية، وتقبل عند غيرهم.

وعلى القاضي سؤال الشهود عن ماهية الزنا، وكيفيته، ومكانه، وزمانه، والمزني بها، للتحقق من وقوع الجريمة دون شبهة.

---

(١) فلا تقبل الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، لتمكن الشبهة في ذلك.

كيفية إقامة الحد على الزاني

يتناول ذلك شروط إقامة الحد، وحالة المحدود، وأداة الحد، ومكان الضرب في الجلد ومكان إقامة الحد، وحكم الميت بالرجم.

شروط إقامة الحد

إن كان الحد **رجماً**: يشترط عند الحنفية خلافاً لغيرهم في حال ثبوت الحد بالشهادة أن يبدأ الشهود بالرجم استحساناً، لقول علي رضي الله عنه: «يرجم الشهود أولاً، ثم الإمام، ثم الناس»[١]. ويسن ذلك عند الشافعية والحنابلة.

وتشترط شرائط لإقامة الحدود كلها وهي:

١- ألا يقيم الحد، إلا الإمام أو نائبه بالاتفاق، اتباعاً للسنة، ومنعاً للفوضى.

٢- وجود أهلية أداء الشهادة لدى الشهود عند إقامة الحد: في رأي الحنفية خلافاً لغيرهم، فلو بطلت أهليتهم بالفسق أو بالردة أو الجنون أو العمى أو الخرس ونحوها، سقط الحد.

٣- ألا يكون في إقامة حد الجلد خوف الهلاك: لأن هذا الحد شرع زاجراً لا مهلكاً، فلا يقام الجلد في الحر الشديد، والبرد الشديد، والمرض، والنفاس، والحمل. وأجاز الشافعية والحنابلة إقامة الجلد في حال المرض الذي لا يرجى برؤه.

ولا يشترط هذا الشرط في الرجم، لأن حد مهلك، إلا الحامل، فيؤخر الرجم عليها حتى تضع حملها، لئلا يهلك الولد دون حق، وحتى تفطم الولد، لأن الرسول ﷺ رد الغامدية أو الجهنية حين قالت: «فوالله إني لحبلى» فقال: «إما لا، فاذهبي حتى تلدي» ثم قال: «اذهبي فأرضعيه حتى تفطميه».

---

(١) رواه البيهقي في سننه عن عامر الشعبي، ورواه غيره أيضاً.

حالة المحدود

أ- إن كان الحد **رجماً**: فيقام الحد عند الجمهور على الرجل قائماً، دون ربط بشيء، ولا إمساك، ولا حفر له، لأن الرسول ﷺ لم يحفر لماعز. وقال مالك: يرجم الرجل قاعداً.

ويقام الرجم بالاتفاق على المرأة قاعدة، ويستحب عند الشافعية أن يحفر لها حفرة إن ثبت زناها بالبينة، ولا يحفر لها إن ثبت زناها بالإقرار لتتمكن من الهرب إن شاءت، ولا يحفر لها عند المالكية والحنابلة، لعدم ثبوته.

ويخير الإمام عند الحنفية بين أن يحفر لها، لأنه أستر لها، أو أن يترك الحفر، لأنها مستورة بثيابها، وقد روي أن النبي ﷺ حفر للمرأة الغامدية إلى ثَنْدوتها (ثديها).

ب- وأما إن كان الحد **جلداً**: فيقام الرجل، وتضرب المرأة قاعدة عند الحنفية، وينزع عن الرجل ثيابه إلا الإزار، ويجرد عن ثيابه في كل الحدود والتعزيرات إلا حد القذف، فيكتفى بنزع الحشو والفرو.

ولا تنزع ثياب المرأة إلا الفرو والحشو، لأن كشف عورتها حرام.

وذهب المالكية: إلى أن أنه يضرب الرجل وكذا المرأة حال القيام، ويجرد الرجل في جميع الحدود حال الضرب فيما عدا ما بين السرة والركبة، حتى يمس الضرب جلده.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه لا يجرد المحدود في الحدود كلها فيما عدا الفرو أو الجبة المحشوة، فإنها تنزع عنه، حتى يحس بالضرب، لقول ابن مسعود رضي الله عنه: «ليس في هذه الأمة مدّ، ولا تجريد، ولا غَلّ، ولا صَفَد»[1].

---

(١) رواه الطبراني وهو ضعيف. والغَلّ بالفتح: شد العنق بحبل أو غيره، والصفد: القيد وهو الغُل في العنق، والغل بالضم: طوق من حديد أو جلد يجعل في عنق الأسير أو المجرم، أو في أيديهما، وهو واحد الأغلال.

أداة الحد

إن كان **رجماً** فيضرب المحدود بالمَدَر (الطين المتحجر) وبالحجارة المعتدلة (ملء الكف) لا بحصيات لئلا يطول تعذيبه، ولا بصخرات لئلا يقضى عليه بسرعة.

وإن كان **جلد**: فيكون بسوط لا ثمرة له، ولا يمد المحدود على الأرض، ولا يرفع الجلاد يده إلى ما فوق رأسه، منعاً من الإهلاك أو تمزيق الجلد، ويضرب ضربة متوسطة، غير مبرّحة (شديدة) ولا بالتي لا مسَّ فيها، حتى لا يؤدي إلى الهلاك، ويتحقق معنى الإنزجار، لفعل عمر وعلي وابن مسعود حيث ضربوا حداً بسوط بين سوطين.

مكان الضرب

يفرق الضرب عند الحنفية والشافعية والحنابلة على الأعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين، وتتقى المواضع المخوفة التي يخشى من ضربها القتل وهي: الوجه والرأس والصدر والبطن والأعضاء التناسلية، لقول علي رضي الله عنه للجلاد: «اضربه وأعط كل عضو منه حقه، واتق وجهه ومذاكيره»[١]. واستثنى الشافعية الوجه والفرج والخاصرة وسائر المواضع المخوفة، واستثنى الحنابلة ثلاثة أعضاء فقط وهي: الرأس والوجه والفرج. ورأى مالك أنه يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه.

مكان إقامة الحد

في حال حضور ملأ (جماعة) من الناس، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢/٢٤] ولا تقام الحدود في المساجد، لقوله ﷺ: «لا تقام الحدود في المساجد»[٢] وتعظيماً للمساجد.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق وسعيد بن منصور والبيهقي عن علي موقوفاً.

(٢) رواه الترمذي وابن ماجه والحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما، وفيه راوٍ ضعيف الحفظ.

والميت بالرجم: يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، لقوله ﷺ في شأن ماعز: «اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم»(١).

حكم فعل قوم لوط

يعزر فاعل هذا المنكر في رأي الحنفية، لأنه لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، ويحد في رأي الجمهور بمثل حد الزنا، لأن الله تعالى غلظ عقوبة فاعله في كتابه المجيد، لوجود معنى الزنا فيه. وحده عند المالكية والحنابلة هو: الرجم بكل حال، سواء الثيب والبكر، لقوله ﷺ: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به»، وفي لفظ: «فارجموا الأعلى والأسفل»(٢). وعند الشافعية: يحد حد الزنا، فإن كان الفاعل محصناً، وجب الرجم، وإن كان غير محصن، وجب عليه الجلد والتغريب، لقوله ﷺ: «إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان»(٣).

والسحاق (فعل النساء بعضهن ببعض) زنا، ويعزر فاعل المساحقة ولو مع رجل، وهو حرام، لحديث: «سحاق النساء بينهن زنا»(٤).

حكم إتيان البهيمة

اتفقت المذاهب على أن واطئ البهيمة يعزره الحاكم بما يردعه، لأن الطبع السليم يأبى هذا الفعل، ولقول ابن عباس رضي الله عنهما: «ليس على الذي يأتي البهيمة حد»(٥).

وتقتل البهيمة في رأي الحنابلة، لقوله ﷺ: «من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن بريدة.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن ابن عباس.

(٣) رواه البيهقي عن أبي موسى رضي الله عنه، وفيه راو كذبة أبو حاتم.

(٤) رواه أبو يعلى ورجاله ثقات.

(٥) رواه النسائي.

معه»[١] ولا تقتل في رأي الجمهور، وإن كانت مأكولة وذبحت، حل أكلها على الأصح.

حكم إتيان الميتة

ذهب الجمهور إلى أنه لا يحد واطئ الميتة، بل يعزر ويؤدب، لأن هذا ينفر الطبع عنه، فلا يحتاج إلى الزجر عنه.

ويرى المالكية أنه يحد من أتى ميتة في قبلها أو دبرها، لأنه وطء في فرج آدمية، فأشبه وطء الحية، ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً، لأنه انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميتة.

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس، وزاد ابن ماجه: «ومن وقع على ذات محرم فاقتلوه»، وضعفه أبو داود بحديث ابن عباس السابق: «ليس على الذي يأتي البهيمة حد».

حد القذف

سببه ومقداره وتعريف القذف، وشروط وجوبه، وصفته، وطرق إثبات القذف وموقف القاضي منه.

سبب الحد ومقداره وتعريف القذف

سبب حد القذف: هو القذف (الرمي) بالزنا، لأنه يتضمن إلحاق العار بالمقذوف، فيجب الحد دفعاً عنه وصيانةً لسمعته. ومقداره ثمانون جلدة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾﴾ [النور: ٢٤/ ٤].

دلت الآية على **مقدار هذا الحد**، وإيجاب عقوبة أخرى هي: رد الشهادة والتفسيق، فلا تقبل شهادة القاذف إلا إذا تاب، كما يرى الجمهور.

والقذف حرام ومن الكبائر، لقوله ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله، ما هن؟ قال: الشرك بالله عز وجل، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»[١] أي قذف الحرائر العفيفات المسلمات.

والقذف في **اللغة**: الرمي بالحجارة ونحوها، ثم استعمل في الرمي بالمكاره، للمشابهة بين الحجارة والمكروه القبيح في تأثير الرمي بكل منهما، لوجود الأذى فيهما، فالقذف إيذاء بالقول، والرمي بالحجر إيذاء بالفعل.

وفي **الاصطلاح الشرعي** هو: نسبة إنسان غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، أي أن يقذفه بصريح الزنا كقوله: يا زاني، أو زنيت، أو أنت زانٍ، أو يا ابن الزاني، أو يا ابن الزانية، فهو قاذف لأبيه أو أمه.

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

أو أن ينفي نسب إنسان من أبيه المعروف، فيقول: لست بابن فلان، أو ليس هو بأبيك، فيكون قاذفاً لأمه.

ولو نسبه لعمه أو لخاله أو لزوج أمه في حال الغضب على سبيل الشتم، كان قاذفاً أما لو نسبه لجده، فلم يكن قاذفاً، لأنه صادق في كلامه حقيقة، لأن الجد لا يسمى أباً حقيقة، بل مجازاً.

ولو قال: «يا ابن القحبة» لم يكن قاذفاً. لأن هذا الاسم كما يطلق على الزانية، يستعمل في المهيأة المستعدة للزنا، وإن لم تزن، فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال.

ومثله لو قال: «يا ابن الدعية» لا يعد قذفاً، لأن الدعية هي المرأة المنسوبة إلى قبيلة لا نسب لها منهم، فلا يدل على كونها زانية، لاحتمال ثبوت نسبها من غيرهم.

فإذا تغير العرف، واستعمل هذان اللفظان الأخيران بقصد القذف، وجب الحد.

والقذف بفعل قوم لوط بأن قال لغيره: لطت أولاط بك فلان باختيارك يعد قذفاً عند الجمهور غير الحنفية، لأن هذا الجرم يوجب الحد عندهم.

قذف الجماعة: إذا قذف شخص جماعة، يحد حداً واحداً عند الحنفية والمالكية، كأن يقول: يا زناة أو كلكم زان، أو قال لهم متفرقين: يا زانِ لأن القذف جناية توجب حداً، فإذا تكرر كفى حد واحد، كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء.

وهذا أيضاً رأي الحنابلة إن قذف الجماعة بكلمة واحدة، إذا طالبوا جميعاً أو طالب واحد منهم، لأن آية هذا الحد ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾لم يفرق فيها بين قذف واحد أو جماعة.

وذهب الشافعي وزفر إلى أنه إذا قذف جماعة، وجب لكل واحد منهم حد، لأنه ألحق العار بكل واحد منهم.

تكرار القذف: إذا كرر القاذف القذف مراراً فعليه حد واحد إذا لم يحد على المرة الأولى، فإن حُدَّ ثم قذف مرة أخرى، تكرر الحد.

التعريض بالقذف (الكناية): للفقهاء في هذا اتجاهات ثلاثة:

- يرى الحنفية، والحنابلة في الظاهر عند الخرقي وأبي بكر المرّوذي: أن التعريض بالقذف لا يوجب الحد، لأنه خفيف الأذى عادة، ولا يحد الشخص بالاحتمال، للحديث المتقدم: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».

مثل قول الشخص لمن يخاصمه: «ما أنت بزان» «ما يعرفك الناس بالزنا» «يا حلال ابن الحلال» «ما أنا بزانٍ، أو لا أمي بزانية، أو لا أبي بزان».

- وذهب المالكية: إلى أن التعريض بالقذف يوجب الحد إن أفهم تعريضه القذف بالزنا بالقرائن، كالخصام، مثل قوله: «أما أنا فلست بزان» أو «أنا معروف» لأن هذا الكلام ثقيل على غالب الناس، والكناية قد تقوم في العادة والاستعمال مقام الصريح، وقد تكون الكناية أبلغ من الصريح، ويؤيده أن عمر أفتى في هذا بالحد.

- واتجه الشافعية: إلى أن التعريض يوجب الحد إن نوى به القذف وفسره به، فهو بمنزلة الكناية، والكناية مثل الصريح بالنية كالطلاق والعتاق. فإن لم ينو به القذف لم يجب الحد، سواء كان التعريض في حال الخصومة أو غيرها، والحدود تدرأ بالشبهات، ومن الكناية أن يقول: يا فاجر، يا خبيث، يا حلال ابن الحلال.

شروط وجوب الحد

ذكر الحنفية ستة أنواع من الشروط في القذف وهي:

أولاً - شروط القاذف

يشترط فيه ثلاثة شروط: العقل، والبلوغ، وعدم إثباته تهمة الزنا بأربعة شروط، فلا عبرة بكلام المجنون، والصبي ولا يحد كل منهما، كما لا يحد إن استطاع إثبات الزنا بأربعة شهود، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: ٢٤/ ٤].

واشترط أبو حنيفة أن يأتي الشهود جماعة حتى لا يصير كل شاهد قاذفاً، ويجب عليه الحد، فلا يصير أهلاً للشهادة، وليس هذا بشرط عند الجمهور، لأن الآية السابقة مطلقة، بل تفريقهم أولى، لأنه أبعد عن التهمة والتواطؤ.

ويجوز عند الحنفية كون الزوج أحد الشهود الأربعة، وقال الجمهور: يلاعن الزوج، ويحد الشهود الثلاثة، لأن الشهادة بالزنا قذف.

ثانياً - شروط المقذوف

- أن يكون المقذوف محصناً: رجلاً أو امرأة، أي عفيفاً، وشروط إحصان القذف خمسة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفة عن الزنا.

- وأن يكون معلوماً: فإن كان مجهولاً لا يجب الحد، كقوله لاثنين: «أحدكما زان».

ثالثاً - ما يشترط في القاذف والمقذوف جميعاً

يشترط ألا يكون القاذف أباً للمقذوف ولا جده وإن علا، ولا أمه ولا جدته وإن علت، للأوامر التي تطالب بالإحسان إلى هؤلاء وعملاً ببر الوالدين، وذلك يتنافى مع إقامة الحد.

رابعاً - ما يشترط في المقذوف به

أن يكون في رأي الحنفية والحنابلة بصريح الزنا، أو بما يجري مجرى الصريح.

خامساً - شرط المقذوف فيه (المكان)

اشترط الحنفية خلافاً للجمهور أن يكون القذف حادثاً في دار الإسلام، فلا حد على القاذف في دار الحرب أو دار البغي، لأن الحاكم هو الذي يقيم الحدود، ولا ولاية له على غير دار الإسلام.

سادساً - ما يشترط في نفس القذف

أن يكون مطلقاً عن الشرط، وعن الإضافة إلى وقت في المستقبل، فإن كان معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، لم يجب الحد، لعدم وقوعه في الحال، وانعدامه حقيقة عند وجود الشرط أو دخول الوقت.

صفة حد القذف

للفقهاء في ذلك ثلاثة آراء:

- يرى الحنفية: أن حد القذف فيه حقان؛ حق للعبد وحق لله تعالى إلا أن حق الله تعالى فيه غالب، لأن القذف جريمة يمس الأعراض، وفي إقامة الحد على القاذف تتحقق مصلحة عامة وهي صيانة مصالح الناس والأعراض ودفع الفساد.

- وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن حد القذف حق خالص للإنسان المقذوف، لأن القذف جناية على عرض المقذوف، وعرضه: حقه، فكان البدل (وهو العقاب) حقه كالقصاص.

- وأما المالكية في المشهور والراجح عندهم: فيرون أنه حق العبد قبل بلوغ

الخبر إلى الإمام أو نائبه، أو بعد بلوغه إليه إن أراد المقذوف ستراً على نفسه، فإن بلغ الخبر إلى الإمام أو نائبه ولم يرد المقذوف الستر، فيصير حقاً لله تعالى[١].

طرق إثبات القذف

تثبت جريمة القذف عند القاضي بالبينة أو بالإقرار، لكن لابدَّ هنا من الخصومة أي رفع الدعوى على المتهم في هذه الجريمة بالاتفاق، لأن كل حق لله تعالى فيه حق للعبد، ويغلّب في هذا حق العبد، وحقه لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته.

والخصومة شرط أيضاً في ثبوت حد السرقة، خلافاً لحد الزنا وشرب الخمر فلا تشترط فيهما الخصومة.

ولا تقبل البينة إلا بشروطها العامة المطلوبة في كل الحدود وهي شهادة رجلين اثنين[٢] عدلين حرين مسلمين شاهدا الواقعة أي لابدَّ في الشهادة من توافر صفة الذكورة والأصالة، فلا تقبل شهادة النساء، ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي.

ولا يشترط عدم التقادم في حد القذف، فلو تأخر الشهود زمناً طويلاً بعد الواقعة عن أداء الشهادة، ثم شهدوا على القذف، تقبل شهادتهم، بخلاف بقية الحدود، لأن التأخير في إثبات حد القذف لا يدل على الضغينة والتهمة، لاشتراط الخصومة (رفع الدعوى) في القذف.

وكذلك الإقرار بالقذف لا تشترط فيه سوى الشروط العامة في الإقرارات في كل الحدود وهي: البلوغ، والعقل، والنطق، والاختيار أو الطواعية. ولا يشترط تعدد الإقرار بالقذف بالاتفاق، ولا عدم التقادم، فلا يصح إقرار الصبي والمجنون في الحدود، ولا إقرار الأخرس، ولا المكره.

---

(١) الذخيرة للقرافي ١٢/ ١١٠-١١١، الفروق للقرافي ١/ ١٤١، ٤/ ١٧٥.

(٢) باستثناء الزنا الذي يطلب لإثباته أربعة شهود بالنص القرآني.

ويثبت القذف عند الحنفية **بعلم القاضي** في زمان القضاء ومكانه، وأما في غير زمان القضاء ومكانه فيرى متأخرو الحنفية أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقاً في الحوادث المتنازع فيها، بسبب غلبة الفساد والسوء والتهمة في القضاة!!

وإذا لم يكن للمدعي بينة على القذف، **لا يحلف المقذوف** في رأي الحنفية، حتى لا يقضى عليه بالنكول عند عدم الحلف، لأن النكول قائم مقام الإقرار، ولا يقام الحد بما هو قائم مقام غيره.

ويرى مالك والشافعي وأحمد: أنه يحلف، ولكن إذا نكل المقذوف لا ترد اليمين على المدعي في الحدود بالاتفاق، لكن يرى أحمد أنه يقضي القاضي على المدعى عليه بالنكول عن اليمين.

موقف القاضي في إثبات القذف

إذا رفعت الدعوى إلى القاضي فإما أن ينكر القاذف، وإما أن يقر.

فإن **أنكر القاذف**: وطلب المقذوف من القاضي التأجيل لإقامة البينة، وادعى أن له بينة في المصر على قذفه، فإنه يؤجله إلى أن يقوم من مجلسه، ويحبس المتهم في تلك الفترة، ولا يجوز عند أبي حنيفة في فترة الانتظار أن يأخذ القاضي من المتهم كفيلاً بنفسه، لوجود التنافي، فالكفالة يراد بها الاستيثاق، والحدود والقصاص مبنية على الدرء والإسقاط، للحديث: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم»[1] بخلاف الحبس فإنه مشروع التهمة.

وذهب الصاحبان والشافعية: إلى أنه يأخذ القاضي من المدعى عليه كفيلاً بنفسه إلى ثلاثة أيام، ليأتي بالبينة على تهمة الزنا، ولا يحبسه، لأنه لا ضرر على المدعى عليه (المتهم) فتؤخذ منه الكفالة، كما في الأموال، ولأنه إذا كان الحبس

(١) موقوف على جماعة من الصحابة كعمر، وعلي، وابن مسعود، وعقبة بن عامر، ومعاذ رضي الله عنهم.

جائزاً في الحدود، فالكفالة أولى، لوجود معنى التوثق في كل منهما، وفي الحبس أبلغ منه في الكفالة، فلما جاز الحبس، فالكفالة أحق بالجواز.

وإن قال المقذوف: لا بينة لي، أو بينتي غائبة أو خارج المصر، أمر القاضي بإخلاء سبيل القاذف، ولا يحبس بالاتفاق لعدم توافر أدلة التهمة.

وأما **إن أقر القاذف بالقذف** أو أقام المقذوف البينة على صحة القذف: فيطلب القاضي من القاذف إثبات صحة قوله بالبينة.

فإن أثبت تهمة معاينة الزنا بأربعة شهود، أو أثبت إقرار المقذوف بالزنا أمام القاضي، سقط الحد عن القاذف، وأقام حد الزنا على المقذوف، لظهور صدق القاذف في قوله.

وإن عجز القاذف عن إقامة البينة، أقيم عليه حد القذف، للآية الكريمة: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٢٤/ ٤].

وإن طلب القاذف التأجيل من القاضي لإحضار البينة: فإن قال: «شهودي غائبون أو خارج المصر» لم يؤجله. وإن قال: «شهودي في المصر» أجله في رأي أبي حنيفة إلى آخر المجلس، ولازمه المقذوف، ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه.

ورأى الصاحبان: أنه يؤجل القاذف يومين أو ثلاثة، ويؤخذ منه كفيل، لاحتمال كونه صادقاً في إخباره أن له بينة في المصر.

اللعان بعد ثبوت القذف: إذا ثبت أن الزوج قذف زوجته، جاز له أن يلاعن، لأنه في رأيه صادق في اتهامه أنها زنت، فجاز له أن يلاعن.

❊ ❊ ❊

حد السرقة

سببه وتعريف السرقة وحكمها، وصفة الحد، وشروط السرقة، وطرق إثباتها، ومسقطات الحد.

سبب الحد وتعريف السرقة وحكمها

سبب هذا الحد هو السرقة، وهي: أخذ مال الغير على وجه الخفية والاستتار. واتفق العلماء على أنه ليس في النهب أو الاختلاس أو الخيانة أو الغصب حد، وإنما فيه التعزير والتأديب، لقوله ﷺ: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»[1]. والخائن: هو الذي يضمر ما لا يظهره في نفسه، وهو الذي يأخذ المال خفية من مالكه، مع إظهاره له النصيحة والحفظ، ومثله الجاحد ما استؤمن عليه من وديعة ونحوها.

المنتهب: هو من يعتمد القوة أو المغير، ومثله الغاصب، بأن يأخذ المال على جهة الغلبة والقهر.

والمختلس: هو من يعتمد الهرب، بأن يخطف المال ويذهب بسرعة جهراً مستغفلاً صاحب المال.

والواجب في السرقة: الحد، لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴿٣٨﴾ فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴿٣٩﴾﴾ [المائدة: ٥/٣٨-٣٩] وقوله ﷺ: «إنما هلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه»[2].

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه.

(٢) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي عن عائشة رضي الله عنها.

ويجب أيضاً رد المال لصاحبه عند الجمهور، والغرم إذا لم يقم عليه عند الحنفية، فيجتمع الضمان والقطع عند الجمهور، إلا أن المالكية قصروا ذلك على حالة كون السارق موسراً، فإن كان معسراً، لم يطالب بقيمة المسروق، ويجب الحد فقط، ويسقط الغرم تخفيفاً عليه، بسبب غدره بالفاقة والحاجة.

ولا يجتمع الضمان والقطع عند الحنفية في حالة هلاك المسروق، أما في حال بقاء المسروق فيجب رده لصاحبه، ودليلهم على عدم اجتماع الضمان (الغرم) والقطع (الحد): أن المشرع سكت عن الغرم، فلا يجب مع القطع شيء، لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨/٥] إي الله تعالى جعل القطع كل الجزاء، فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء، فيكون نسخاً لنص القرآن، يؤيده حديث: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»[١].

تكرار السرقة

اتفق الفقهاء على أن السارق تقطع يده اليمنى في السرقة الأولى، فإذا سرق مرة ثانية تقطع رجله اليسرى، واختلفوا في قطع بقية الأطراف، فذهب الحنفية والحنابلة: إلى أنه لا تقطع بعدئذ اليد أو الرجل الباقيتان، ولكن يضمن المسروق، ويعزر، ويحبس حتى يتوب، أخذاً بفعل علي رضي الله عنه، وكذا عمر رضي الله عنه.

وذهب المالكية والشافعية: إلى أنه إن سرق ثالثة قطعت يده اليسرى، وإن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى، ثم يعزر بعدئذ للمرات الأخرى، لقوله ﷺ في السارق: «إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله»[٢].

---

(١) قال عنه الزيلعي، غريب بهذا اللفظ، أي لم يثبت.

(٢) رواه الدارقطني في سننه عن أبي هريرة، وهو ضعيف.

مكان القطع

هو في رأي الجمهور من مفصل الزند في اليد، ومن مفصل القدم في الرِّجل، عملاً بفعل النبي ﷺ في اليد[١]، وبفعل عمر رضي الله عنه في الرِّجل، ويحسم موضع القطع بوضع العضو في الزيت المغلي، لقطع الدم، ويعلق العضو في عنق صاحبه ساعة بعد القطع.

صفة حد السرقة

هذا الحد بالاتفاق حق خالص لله تعالى، فلا يجوز فيه العفو والشفاعة، والصلح، والإبراء بعد ثبوته، ويجري فيه التداخل، فلو سرق شخص عدة مرات، فرفع الأمر فيها كلها أو بعضها إلى الحاكم، أقيم على السارق حد واحد وهو القطع لجميع السرقات، لأن الجرائم من جنس واحد، فيقام واحد، وهو القطع لكل السرقات، لتحقق الزجر والردع، لكن لابدَّ من الخصومة (رفع الدعوى للقضاء) كالقذف، لأن في كل حد حقاً للإنسان.

والدليل على عدم جواز العفو عن الحد، وعدم الشفاعة فيه حديث عائشة قالت: «أتي لرسول الله ﷺ بسارق قد سرق، فأمر به فقطع، فقيل: يا رسول الله، ما كنا نراك تبلغ به هذا، قال: لو كانت فاطمة بنت محمد، لأقمت عليها الحد»[٢].

شروط السرقة

تشترط شروط في عناصر السرقة: في السارق، والمسروق، والمسروق منه، والمسروق فيه (المكان).

---

(١) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في قصة سارق رداء صفوان بن أمية.

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين.

في السارق

يشترط في السارق: العقل والبلوغ بالاتفاق، فلا يحد الصبي والمجنون للحديث الثابت: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يُفيق، وعن النائم حتى يستيقظ».

وأضاف الشافعية والحنابلة: كون السارق مختاراً، التزم أحكام الإسلام، فلا حد على المستكره، لحديث: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» ولا حد على الحربي، لأنه لم يلتزم أحكام الإسلام.

أما المستأمن والمهادن ففي حده رأيان: رأي بإيجاب الحد عليه، لصيانة حق الآدمي، والثاني: لا يجب عليه حد، لأنه حق خالص لله تعالى، فلا حد عليه كحد الشُّرب والزنا. وأضاف الحنابلة شرط كون السارق عالماً بمسروق وبتحريمه بحسب طلب المكلف.

وأضاف المالكية: ألا يكون للسارق على المسروق منه ولادة، فلا تقطع يد الأب في سرقة مال ابنه، وكذا الجد عند الشافعية، وألا يضطر السارق للسرقة بسبب الجوع.

في المسروق

١-٢- **كونه مالاً متقوماً، مقدراً بنصاب فأكثر**، وكون النصاب مأخوذاً من حزر واحد، فلا حد بسرقة غير المتقوم (الذي لا يباح الانتفاع به شرعاً)، والمتقوم: ما كان له قيمة يضمنها متلفه عند اعتدائه عليه.

ولا حد بسرقة أقل من نصاب، وفي تقدير النصاب رأيان:

رأي الحنفية أن النصاب دينار واحد، لحديث: «لا قطع فيما دون عشرة دراهم»[١] «لا تقطع اليد إلا في دينار أو في عشرة دراهم»[٢] و«لا يقطع السارق إلا في ثمن المِجَنّ» أي الترس، وكان يقوَّم يومئذ بعشرة دراهم.

(١) رواه أحمد عن عبد الله بن عمرو، وهو ضعيف.

(٢) هذا أثر عن ابن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه.

ورأي الجمهور: أن نصاب السرقة ربع دينار شرعي من الذهب، أو ثلاثة دراهم شرعية خالصة من الفضة، أو قيمة ذلك من العروض التجارية، لحديث: «تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً»[١] وكان ثمن المِجَنّ ثلاثة دراهم أي ربع دينار.

وقت تقييم المسروق: فيه رأيان:

يرى الحنفية أن قيمة المسروق عشرة دراهم من وقت السرقة إلى وقت القطع، فإذا نقصت قيمة المسروق، سواء كان نقصان العين (لكف بعضها أو تعيبها) أو نقصان السعر، فلا يقطع، لأن الأخير يورِّث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة، فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرق.

وذهب محمد وبقية الفقهاء: إلى أنه تعتبر قيمة العين المسروقة وقت الإخراج من الحرز، ولا يعتبر نقصان السعر بعد أخذ المسروق، قياساً على نقصان العين.

فلو سرق في بلد، وقبض عليه في بلد آخر، لا يقطع عند الحنفية، ما لم تكن قيمة المسروق في البلدين عشرة دراهم.

الاشتراك في السرقة

اتفق العلماء على أنه إذا اشترك جماعة في سرقة، فحصل لكل واحد منهم نصاب، يقام الحد على الجميع. فإن كان المسروق كله نصاباً، ففي إيجاب الحد ثلاثة آراء:

- يرى أبو حنيفة والشافعي: أنه لا يحد كل واحد منهم، لأن كلاً لم يسرق، فلم تستوجب جنايته عقوبة كاملة، كما لو انفرد بسرقة ما دون النصاب، والحديث النبوي المتقدم يقول: «لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً».

- ويرى المالكية: أنه إن كان لكل واحد قدرة على حمل المسروق بانفراده، فلا يحد أحد، وإن كان اللصوص يحتاجون لتعاون بعضهم، فيحدون جميعاً.

---

(١) رواه مالك، والجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن عائشة رضي الله عنها.

- وذهب الحنابلة: إلى أنه إذا اشترك جماعة في سرقة، قيمتها ثلاثة دراهم، قطعوا جميعاً، لضرورة حفظ المال، ويستوي الواحد والجماعة في هتك الحرز.

٣- **ويشترط أن يكون المسروق محرزاً مطلقاً**: وهذا متفق عليه، لقوله ﷺ: «لا قطع في ثمر ولا كَثَر حتى يؤويه الجرين، فإذا أواه الجرين، ففيه القطع»[١] وفي رواية: «فإذا أواه المُراح أو الجرين».

والحرز لغة: الموضع الذي يحفظ فيه الشيء، وشرعاً: هو ما نصب عادة لحفظ أموال الناس، كالدار والحانوت والخيمة والشخص، وهو نوعان:

١- حرز بنفسه: وهو كل بقعة معدة للإحراز، ممنوعة من الدخول فيها إلا بالإذن، كالدور والحوانيت والخيام والخزائن والصناديق.

٢- حرز بغيره: وهو كل مكان غير معدّ للإحراز، ويدخل إليه بلا إذن، ولا يمنع منه كالمساجد والطرق والمقاهي والمفاوز.

الأول يكون حرزاً بنفسه، سواء وجد حارس أو لا، وسواء أكان الباب مغلقاً أم مفتوحاً، لأن البناء يقصد به الإحراز، وهو معتبر في نفسه، دون صاحبه.

والنوع الثاني كالصحراء، إن وجد معه حارس قريب من المال، يحفظه، فهو حرز، نائماً كان أو يقظان، لأنه ﷺ قطع سارق رداء صفوان، وصفوان كان نائماً.

ويترتب على اشتراط الحرز ما يأتي:

أ- لو سرق سارق عِدْلاً على ظهر دابة تسير مع مجموعة دواب مقطورة ببعضها، لم يقطع عند الحنفية، لأخذه من غير حرز، لأن ظهر الدابة لا يصلح حرزاً، ويقطع عند الجمهور إذا وجد حارس لكل الدواب إذا كان يراها إذا التفت إليها، لأن مهمته قطع المسافة والحفظ.

(١) قال الزيلعي عنه: غريب بهذا اللفظ. والجرين: مكان حفظ التمر الذي يحفظ فيه. والمراح: حرز الإبل والبقر والغنم الذي تأوي إليه ليلاً، والكثر: جمار النخل.

ب- إذا علم صاحب المسروق بالسرقة قبل إخراج المسروق من الحرز، فأخذه منه، لا يقطع في رأي الحنفية، لعدم الإخراج من الحرز.

جـ - إذا رمى السارق المسروق إلى خارج الحرز، فوجده مالكه فأخذه، لا يقطع لعدم ثبوت يده عليه عند الخروج.

د- إذا اشترك اثنان في نَقْب جدار، فدخل أحدهما، وأخذ المتاع، وناوله الآخر الخارج عن الحرز أو رمى به إليه، لا يقطع أحدهما عند أبي حنيفة، لأن كل واحد منهما لم يستقل بالنقب والإخراج، وهما المكونان لجريمة السرقة عرفاً، ويقطع الداخل وحده، دون الخارج، في المذاهب الثلاثة الباقية، لأنه هو الذي أخرج المتاع وشارك في النقب.

هـ - إذا نقب اثنان حرزاً، ودخل أحدهما، وقرب المتاع إلى النقب وتركه، فأدخل الخارج يده، فأخرجه من الحرز، لم يقطع أحدهما في رأي الطرفين (أبي حنيفة ومحمد) لعدم اكتمال الدخول والإخراج من الاثنين.

ويقطع المخرج خاصة في رأي مالك، وكذلك يقطع المخرج في رأي الشافعية لو تعاون الاثنان في النقب. ويقطع الاثنان في رأي أحمد، لاشتراكهما في هتك الحرز وإخراج المتاع.

و- لو اشترك جماعة في سرقة، وحملوا المسروق على ظهر أحدهم، فلا يقطع غير الحامل في رأي الحنفية قياساً، والمالكية والشافعية، لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ، ويقطع الجميع استحساناً عند الحنفية.

ز- الطرار (النشال) والنباش (سارق الأكفاف): اتفق الفقهاء على قطع يد الطرار، وهو رأي حق موافق للمصلحة، واختلفوا في النباش، فلا يقطع في رأي أبي حنيفة، ومحمد، لأن القبر ليس بحرز في نفسه، حيث لا تحفظ فيه الأموال عادة، وتقطع يده في رأي أبي يوسف وباقي المذاهب، لأنه سارق ينطبق عليه تعريف السارق في الآية: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾ ولقول عائشة رضي الله عنها:

«سارق أمواتنا كسارق أحيائنا»[١] وحديث «من حرَّق حرقناه، ومن غرَّق غرقناه، ومن نبش قطعناه»[٢]، ولأن القبر حرز للكفن، باستثناء القبر في البرية عند الشافعية، لأنه ليس بحرز للكفن.

ح- الدار المشتركة: لو سرق أحد الساكنين فيها متاعاً من غرفة، قطع عند أكثر العلماء.

ط- أمتعة الأسواق: يقطع سارقها عند الحنفية ليلاً، لا نهاراً لاختلال توافر معنى الحرز، وكذلك يقطع عند الحنابلة إذا كان في السوق حارس.

٤- **أن يكون المسروق عيناً قابلة للادخار**: فلا قطع عند أبي حنيفة ومحمد في سرقة ما يتسارع إليه الفساد كأنواع الفاكهة والبقول واللحوم والعصائر والألبان، لأنها غير قابلة للادخار، وللحديث المتقدم: «لا قطع في ثمر ولا كثر» ولأنها لاتعد مالاً عادة.

وأوجب أبو يوسف وبقية المذاهب القطع بسرقة جميع الأموال المتمولة التي يجوز بيعها، لعموم آية السرقة: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾.

واتفق العلماء على أنه لا قطع في سرقة الثمر المعلق على الشجر أو الحنطة في سنبلها، إذا لم تكن في حرز، وأوجب الحنابلة دفع الضمان بمثلي قيمة الثمار والزروع، لقوله ﷺ: «من أصاب بغيه من ذي حاجة غير متخذ خُبْنة فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المِجَن، فعليه القطع»[٣].

٥- **ألا يكون أصل المسروق مباحاً** (إباحة عامة) كالطيور والحشائش

(١) رواه الدارقطني.

(٢) رواه البيهقي في المعرفة، وفيه مجهول.

(٣) رواه الترمذي وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، والخبنة: تخبئة الشيء في الثياب، والمجن: الترس.

والأحطاب والصيود والأسماك ونحوها: فلا قطع عند الحنفية بسرقة هذه الأشياء باستثناء الأخشاب الثمينة كالساج والأبنوس والخشب المصنوع.

ودليلهم أن الناس لا يتمولون هذه الأشياء فهي تافهة، وهذا يعني أنها إذا صارت أموالاً مهمة كما في عصرنا فيقطع سارقها.

ويقطع سارقها في بقية المذاهب، لعموم الآية الموجبة للقطع.

٦- **أن يكون المسروق معصوماً** لاحق فيه للآخذ ولا تأويل الأخذ ولا شبهة التناول: فلا قطع عند الحنفية في سرقة مال الحربي المستأمن في دار الإسلام، ولا مال الباغي، أو العادل لوجود شبهة الإباحة، ولا مال المسلم والذمي إذا سرق الحربي المستأمن، لاعتقاد إباحته، ولا المال المسروق من الغريم (المدين) إن كان من جنس حقه، ويقطع إن سرق خلاف جنس حقه، ولا في سرقة المصحف الشريف، لأن له تأويل الأخذ وهو قصد القراءة، وهذا مذهب الحنابلة أيضاً، ويقطع في المذاهب الثلاثة الأخرى، لأنه مال متقوم.

ولا في سرقة أدوات اللهو والصليب، لتأول أخذها بمنع المالك من المعصية.

٧- **ألا يكون للسارق في المسروق ملك ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك:** لعدم اكتمال جناية السرقة، فلا تستدعي عقوبة كاملة، فلا قطع عند الحنفية بسرقة المال المعار أو المرهون أو المأجور أو المشترك مع شخص آخر، لأن له حقاً فيه، ولا بالسرقة من بيت المال، لأنه مال الأمة، وله فيه حق، لأن عمر رضي الله عنه لم يقطع من سرق من بيت المال، وهذا رأي الشافعية والحنابلة أيضاً. وذهب الإمام مالك إلى أن السارق من بيت المال يقطع لعموم آية حد السرقة.

٨- **ألا يكون السارق مأذوناً له بالدخول في الحرز أو له شبهة الإذن:** فلا قطع عند الحنفية بالسرقة من الزوجة أو القريب المحرم أو المخدوم من الخادم، أو المضيف من الضيف، واتفق الفقهاء على عدم الحد على الخادم أو الضيف للإذن بالدخول، وأوجب الشافعي الحد بالسرقة من الأقارب وأحد الزوجين ما عدا قرابة الأصول والفروع، لعموم آية السرقة، وجعل القرابة القريبة كالبعيدة.

٩- **أن يكون المسروق مقصوداً بالسرقة لا تبعاً**: فلا قطع عند جمهور الحنفية والحنابلة وفي وجه راجح عند الشافعية بسرقة كلب أو هر في عنقه طوق ذهب أو فضة، أو سرقة مصحف مرصع بالذهب، والياقوت، أو سرقة صبي حر عليه حلي أو حرير، أو إناء من ذهب أو فضة فيه طعام أو شراب.

ويرى أبو يوسف وفي وجه آخر عند الشافعية: أن هذا ليس بشرط، لأن السارق قصد سرقة ما عليه من مال.

في المسروق منه

أن يكون مالكاً، أو صاحب يد أمانة كيد الوديع والمستعير ويد الشريك المضارب، أو صاحب يد ضمان كيد الغاصب ويد المرتهن ويد القابض على سوم الشراء، فتقطع يد السارق من هؤلاء.

في المسروق فيه (مكان السرقة)

أن تكون السرقة في رأي الحنفية في دار الإسلام، فلا تقطع يد السارق في دار الحرب أو دار البغي، لأنه لا ولاية للإمام على غير دار الإسلام.

إثبات السرقة

تثبت السرقة عند القاضي إما بالبينة وإما بالإقرار.

البينة

يشترط فيها في الحدود: الذكورة، والعدالة، والأصالة، وعدم التقادم (مضي المدة) إلا في حد القذف والقصاص، والخصومة (الادعاء الشخصي) فلا تقبل في الحدود شهادة النساء، ولا شهادة الفساق، ولا الشهادة بعد مضي المدة، ولا نظر القاضي في التهمة من غير ادعاء شخصي، من مالك أو مؤتمن أو ضامن.

الإقرار

يكفي فيه عند الجمهور مرة واحدة، وفي رأي أبي يوسف والحنابلة مرتين، وقد تقدم بيان شروط الإقرار في الحدود.

مسقطات حد السرقة

يسقط حد السرقة بتكذيب المسروق منه السارقَ في إقراره بالسرقة، وتكذيب المسروق منه، بينته، ورجوع السارق عن الإقرار بالسرقة، ورد السارق المسروق إلى مالكه قبل الادعاء إلى القاضي في رأي أبي حنيفة ومحمد، لبطلان الخصومة أو الادعاء حينئذ. وملك السارق المال المسروق قبل رفع الأمر إلى القضاء بالاتفاق. فإن ملكه بعد المرافعة للقضاء فيسقط الحد في رأي أبي حنيفة ومحمد لأن الملك يثبت من وقت القبض، فيمنع الحد، ولا يسقط في رأي أبي يوسف وبقية المذاهب، لأن النبي ﷺ أمر بقطع سارق رداء صفوان، فقال صفوان: إني لم أُرِدْ هذا، هو عليه صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «فهلا قبل أن تأتيني به؟»[1].

(١) رواه أصحاب السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما.

حد الحرابة (قطع الطريق)

تعريف القاطع أو المحارب، شروط الحد، وإثباته، وأحكام قطاع الطرق (عقوباتهم) ومسقطات الحد.

تعريف قاطع الطريق (المحارب) والحرابة وركنها

هو كل من كان دمه معصوماً (محقوناً) قبل الحرابة. وهو المسلم أو الذمي. ومشروعية حده: قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٥/ ٣٣].

والحرابة: هي كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر معه الاستعانة عادة .

وركن الحرابة (قطع الطريق): الخروج على المارّة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور، وينقطع الطريق، سواء كان الفعل من واحد أو جماعة، بعد توافر القوة، وسواء كان الفعل بسلاح أو غيره، بالمباشرة أو التسبب، لأن هذا من عادة قطاع الطرق.

شروط قطع الطريق (أو الحد)

وهي إما في الأشخاص أو في الأموال أو في المكان.

يشترط في **القاطع** أن يكون بالغاً عاقلاً، فلا حد على الصبي أو المجنون، لعدم وصف فعلهما بكونه جناية، وأن يكون ذكراً في رأي أبي حنيفة ومحمد، فلا يقام هذا الحد على المرأة ، لعدم توافر ركن هذه الجريمة منها بسبب ضعفها ولكن يقام الحد على الرجال المشتركين مع المرأة. ولكن نص ابن عابدين على أن المرأة كالرجل في الحرابة في ظاهر الرواية، إلا أنها لا تصلب[1].

(١) رد المحتار ٣/ ٢٣٢.

ويستوي الرجل والمرأة في رأي الجمهور في تصور هذه الجريمة منهما وفي مشروعية حد كل منهما.

ويشترط في المعتدى عليه شرطان عند الحنفية:

١- أن يكون مسلماً أو ذمياً: فإن كان حربياً مستأمناً، لا حد عليه، لأن ماله فيه شبهة الإباحة.

٢- أن تكون يده صحيحة: يد ملك أو أمانة أو ضمان، فإن لم تكن كذلك كيد السارق لم يحد القاطع.

ويشترط في القاطع والمقطوع عليه جميعاً: أن يكون القطاع كلهم أجانب مكلفين ذكوراً، فإذا كان أحدهم ذا رحم محرم للآخر، أو صبياً أو مجنوناً، لا يجب عليهم الحد عند أبي حنيفة ومحمد، لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بكون جناية، ولا تتحقق هذه الجريمة من المرأة لضعفها، ولأن القريب يتبسط بمال قريبه عادة.

وقرر أبو يوسف أن العبرة بمباشرة القطع، فإذا باشرت القطع، حد الرجال، ولا تحد المرأة، وإذا باشر الصبي أو المجنون، لم يحد أحد.

وذهب الجمهور: إلى أنه لا يسقط حد الحرابة عن قطاع الطريق، ولو كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه، أو امرأة، ويقام عليها الحد كالرجال في رأيهم، كما يقام عليها حد السرقة.

أما **الردء** (المعين) فعليه الحد عند الجمهور، لأنه لا فرق بين المباشر والمعين والمتسبب. ولا حد عليه عند الشافعية إذا كثّر جمعهم فقط، وإنما عليه التعزير.

ويشترط في المقطوع له وهو المال: شروط السرقة المتقدمة وهي أن يكون المأخوذ مالاً، متقوماً، معصوماً، ليس لأحد فيه حق الأخذ، ولا تأويل التناول، ولا تهمة التناول، مملوكاً لا ملك فيه للقاطع، ولا تأويل الملك، ولا

شبهة الملك، محرزاً مطلقاً، ليس فيه شبهة الإباحة، نصاباً كاملاً: عشرة دراهم أو دينار عند الحنفية، أو مقدراً بها، لكل من القاطعين.

ويشترط في مكان القطع (الجريمة) ثلاثة شروط عند الحنفية:

١- أن يكون القطع في دار الإسلام: لا في دار الحرب أو دار البغي.

٢- أن يكون خارج المصر: فإن كان داخل المصر، لم يثبت حكم القطع، لإمكان الاستعانة بالمارة أو الشرطة، لكن المفتى به خلاف ذلك[(١)].

وذهب أبو يوسف وبقية المذاهب إلى أن هذه الجريمة تثبت داخل المصر وخارجه، فلا فرق بينهما.

٣- أن يكون بين القطاع والمصر مسيرة سفر وإلا لم تتحقق الجريمة، وهذا رأي أبي حنيفة ومحمد، والمفتى به رأي أبي يوسف بعدم اشتراط ذلك.

إثبات الجريمة

يثبت قطع الطريق عند القاضي كغيره من جرائم الحدود بالبينة أو بالإقرار، بعد وجود عنصر الادعاء (الخصومة) ممن له يد صحيحة كما تقدم، ولا يثبت بالنكول، ولا بعلم القاضي.

عقوبات قطاع الطرق

نصت آية المحاربة على عقوبات أربع لقطاع الطرق وهي القتل وحده أو مع الصلب، وتقطيع الأيدي والأرجل، والنفي من الأرض، وكان للفقهاء في تطبيق هذه العقوبات نظريتان: إما أن هذه العقوبات مرتبة أو مخير فيها.

- فذهب الجمهور إلى هذه العقوبات مرتّبة، لأن الجزاء يجب أن يكون على قدر الجناية، لكنهم اختلفوا في كيفية الترتيب.

---

(١) رد المحتار ٣/ ٢٣٢، ١/ ٨١٥.

فاتجه أبو حنيفة وزفر: إلى أن من أخذوا المال تقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف، ومن قتلوا فقط يقتلون، ومن قتلوا وأخذوا المال، خيّر الإمام فيهم بين: أن يقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، ثم قتلهم، أو صلبهم، أو لم يقطعهم وإنما يقتل أو يصلب، وإن أخافوا الطريق فقط دون قتل ولا أخذ للمال، ينفوا من الأرض، أي يحبسوا ويعزروا.

واتجه الشافعية والحنابلة: إلى أنه إن أخذوا المال فقط قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا المال، قتلوا ولم يصلبوا، وإن قتلوا وأخذوا المال، قتلوا وصلبوا، وإن أخافوا ينفوا من الأرض أي يبعدوا، ودليلهم ما روي عن ابن عباس في قصة أبي بُرْدة الأسلمي على هذا النحو.

- وذهب المالكية: إلى أن الحكم في عقوبة قطاع الطرق راجع إلى اجتهاد الإمام ونظره، ومشورة الفقهاء بما يراه أصلح وأمنع للفساد.

فمن أخاف الطرق خير الإمام بين قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف أو نفيه وضربه.

ومن قتل قُتل، ولا تخيير في قطعه ولا في نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه.

ومن أخذ المال، فلم يقتل، خير الإمام بين قتله أو صلبه، أو قطعه أو نفيه، ودليلهم أن حرف «أو» في الآية يقتضي التخيير مثل التخيير في خصال كفارة اليمين، ورأى الجمهور أن «أو» للتنويع، فتكون العقوبة بحسب نوع الجناية.

الصلب ووقته ومدته

الأصح عند الحنفية والمالكية: أن صلب قاطع الطريق يكون حياً، لأن الحي هو الذي يعاقب، وأما الميت فليس من العقوبة، وليس صلبه مُثْلة منهياً عنها. ويكون الصلب على خشبة تغرز في الأرض، وتربط يداه، ثم يقتل مصلوباً بطعنه بالحربة.

والمقرر عند الشافعية والحنابلة: أن الصلب يكون بعد القتل، لأن الله تعالى

قدم القتل على الصلب لفظاً، وفي صلبه حياً تعذيب له وتمثيل به، وهو منهي عنه في حديث: «إذا قتلتم فأحسنوا القِتْلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذّبْحة»(١).

ومدة الصلب ثلاثة أيام عند الجمهور، وعند الإمام أحمد: يصلب بقدر ما يقع عليه اسم الصلب.

النفي

النفي عند الحنفية: معناه الحبس، لأن فيه نفياً عن وجه الأرض، وخروجاً عن الدنيا مع قيام الحياة، وأما التغريب ففيه إضرار ببلد آخر، وتمكين له من الهرب إلى دار الحرب والكفر.

والنفي عند المالكية، الإخراج إلى بلد آخر تبعد عن بلده مسافة القصر، والسجن فيه إلى أن يتوب.

وعند الشافعية: هو الحبس مدة حتى يتوب أو يعزر بما يراه القاضي رادعاً له.

وعند الحنابلة: هو أن يشردوا فلا يتركون يأوون إلى بلد، عملاً بما روي عن الحسن البصري والزهري.

صفة حد الحرابة

اتفق الفقهاء على أن هذا الحد من حقوق الله تعالى الخالصة له، فيجري فيه التداخل، ولا يحتمل العفو والإسقاط والإبراء والصلح عنه، وإنما الخلاف في اجتماع الغرم والقطع.

فقال الحنفية: لا يجمع بين الحد والضمان، لقوله ﷺ: «إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه»(٢).

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة عن شداد بن أوس رضي الله عنه.

(٢) حديث مرسل بلفظ: «لا يغرم صاحب السرقة إذا أقيم عليه الحد» رواه النسائي وقال: وليس بثابت (نصب الراية ٣/ ٣٧٥).

مسقطات حد الحرابة

يسقط هذا الحد عند الحنفية بتكذيب المقطوع عليه القاطع في إقراره، وتكذيب المقطوع عليه البينة، ورجوع القاطع عن إقراره، وملك القاطع الشيء المقطوع له وهو المال قبل الترافع، أو بعده، خلافاً للجمهور، وتوبة القاطع قبل قدرة السلطان عليه، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٥/ ٣٤] وهذا متفق عليه.

البغاة

البغي **لغة**: الطلب أو التعدي، واصطلاحاً كما ذكر ابن عرفة المالكي: الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية، مغالبة ولو تأوّلاً، والبغاة كما ذكر الحنفية: قوم لهم شوكة ومنعة، خالفوا المسلمين في بعض الأحكام بالتأويل، وظهروا على بلدة من البلاد، وكانوا في عسكر، وأجروا أحكامهم، كالخوارج، فهم قوم خرجوا على عليّ رضي الله عنه، واستحلوا دمه ودماء المسلمين وأموالهم وسبي نسائهم، وكفروا أصحاب رسول الله ﷺ، ورأوا أن كل ذنب كفر، وكانوا متشددين في الدين تشدداً زائداً.

والبغي حرام، لقول النبي ﷺ: «من نزع يده من طاعة إمامه، فإنه يأتي يوم القيامة، ولا حجة له، ومن مات وهو مفارق للجماعة، فإنه يموت ميتة جاهلية»(١) وفي حديث آخر: «من حمل علينا السلاح فليس منا»(٢).

والفرق بين الباغي والمحارب: أن المحارب يخرج فسقاً وعصياناً على غير تأويل، والباغي: هو الذي يحارب على تأويل، فيقتُل ويأخذ المال.

---

(١) رواه مسلم والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد والشيخان من حديث ابن عمر وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم.

أحكامهم

إذا لم يكن للبغاة منعة، فللإمام أن يأخذهم ويحبسهم حتى يتوبوا، وإن تأهبوا للقتال، وكان لهم منعة (مكان محصن) وشوكة (سلاح) يدعوهم الإمام إلى التزام الطاعة ودار الإسلام، والرجوع إلى رأي الجماعة أولاً، كما يفعل مع أهل الحرب، فإن أبوا ذلك قاتلهم أهل العدل حتى يهزموهم ويقتلوهم، ويجوز قتل مدبريهم وأسراهم، والإجهاز على جريحهم، في رأي الحنفية، خلافاً للجمهور.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۝٩﴾ [الحجرات: ٤٩/٩] وقال النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه: «إنك تقاتل على التأويل، كما تقاتل على التنزيل»(١).

ضمان ما أتلفوه

اتفق أئمة المذاهب الأربعة على أنه لا يضمن البغاة المتأولون ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال، عملاً بقول الزهري، ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة، فلا يشرع كتضمين أهل الحرب.

ولا إثم ولا كفارة على أهل العدل بقتلهم أهل البغي، لأنهم يفعلون ما أمروا به، وقتل من أمر الله بمقاتلته.

وإذا أتلف البغاة أو العادلون مال بعضهم بعضاً، قبل تمكن المنعة للبغاة، أو بعد انهزامهم، ضمنوا ما أتلفوه من الأنفس والأموال.

وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج أو العشر، لم يأخذه الإمام ثانياً، لعدم حماية الإمام من ذلك.

---

(١) رواه أحمد، وإسناده حسن، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

عقوبات جرائمهم

لا تقام الحدود على جرائم البغاة في رأي الحنفية والمالكية والحنابلة، كحد السرقة، والحرابة، لأنهم يزعمون إباحة الأموال عن تأويل، ولهم منعة.

وتقام الحدود عليهم في رأي الشافعية، لأنهم جناة، والجاني يستحق العقاب.

الفرق بين قتال البغاة وقتال المشركين

ذكر القرافي أحد عشر وجهاً بين البغاة والمشركين، وهي: أن يقصد بالقتال ردعهم لا قتلهم، ويكف عن مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا يقتل أسراهم، ولا تغنم أموالهم، ولا تسبى ذراريهم، ولا يستعان على قتالهم بمشرك، ولا نوادعهم على مال، ولا ينصب عليهم الرعّادات (المجانيق) ولا تحرق عليهم البساتين، ولا يقطع شجرهم.

لكن المعتمد لدى المالكية: أنه يجوز قتلهم بالمنجنيق، والتحريق، والتغريق، وقطع الميرة (الأطعمة) والماء عنهم، إلا أن يكون فيهم نساء وأطفال، فلا نرميهم بالنار.

حد الشّرب وحد السكر

تعريف كل واحد، وضابط السكر، وشروط الحد، ومقداره، أنواع الأشربة، أحكام الخمر وبقية الأشربة المسكرة، وإثبات الواقعة.

تعريف حد الشرب وحد السُّكر

للأشربة المحرمة عند الحنفية حدان: حد الشرب وحد السكر، ولم يفرق الجمهور بينهما، وإنما قالوا: الحد على شرب المسكرات كلها واحد، فكل شراب أسكر كثيره، فقليله حرام، ويجب الحد على الشارب، لقول النبي ﷺ: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام»[1]. ومن المعلوم أن تحريم الخمر كان سنة ثمان هجرية.

وحد الشرب عند الحنفية: هو الذي يجب بشرب الخمر خاصة، سواء شرب القليل أو الكثير، سكر أو لم يسكر، لقوله ﷺ: «من شرب الخمر فاجلدوه..»[2] والخمر: ماء العنب النّيء المتخمر، وسميت خمراً لمخامرتها العقل أي لسترها إياه.

وحد السكر عندهم: هو الذي يجب عند السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الأشربة المعهودة المسكرة.

ضابط السَّكْر

يرى أبو حنيفة: أن السكر الذي يتعلق به وجوب الحد والحرمة هو: الذي يزيل العقل، بحيث لا يفهم السكران شيئاً، ولا يعقل منطقاً، ولا يفرق بين الأرض والسماء، ولا بين الرجل والمرأة، لأن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقصاها، درءاً للحد، للحديث المتقدم: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»، أي إنه اعتبر غاية السكر وأتمه لإيجاب الحد.

---

(١) رواه مسلم والدارقطني عن ابن عمر، ورواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن إلا ابن ماجه بلفظ: «كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام».

(٢) رواه اثنا عشر صحابياً، منهم حديث أبي هريرة الذي أخرجه أصحاب السنن إلا الترمذي.

ورأى الصاحبان وبقية الأئمة: أن السكران هو: الذي يكون غالب كلامه الهذيان واختلاط الكلام، عملاً بعرف الناس وعاداتهم، وعليه الفتوى عند الحنفية.

شروط الحد

يشترط لحد المسكرات ثمانية شروط وهي:

أن يكون الشارب عاقلاً، بالغاً، مسلماً، مختاراً، غير مضطر إلى شرب لغصة، يعلم أنه خمر، وأن الخمر محرمة شرعاً، وأن يكون مذهبه تحريم ما شرب، فلا يحد المجنون، والصغير، والكافر، والمكره، والمضطر، والجاهل أنه خمر، أو أنه لا يعلم بأن الخمر محرمة، لقرب عهده بالإسلام، ولا من يعتقد بحل شرب النبيذ، على رأي الحنفية.

مقدار الحد

مقدار الحد ثمانون جلدة في رأي الجمهور، لقول علي رضي الله عنه: «إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد المفترى ثمانون» أي إنه قاس شرب المسكرات على حد القذف، ولم ينكر عليه أحد.

وذهب الشافعية إلى أن حد جميع المسكرات أربعون جلدة، لما رواه مسلم عن الإمام علي رضي الله عنه: «جلد رسول الله ﷺ أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكلٌّ سنة، وهذا أحب إلي».

أنواع الأشربة

الأشربة المتفق على تحريمها سبعة وهي:

١ - الخمر النيء من ماء العنب إذا غلى واشتد وصار مسكراً، وإن لم يسكن عن الغليان في الأظهر عند الحنفية، سداً لباب الفساد.

ودليل تحريمها قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (٩٠) إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ (٩١)﴾ [المائدة: ٥/٩٠-٩١].

٢- السَّكَر (النيء من ماء الرطب[1] إذا إلى واشتد وقذف بالزَّبَد، وإن لم يسكن عن الغليان، في الأظهر عند الحنفية).

٣- الفضيخ (النيء من البُسْر[2] اليابس إذا غلى واشتد وقذف بالزبد، أو لم يقذف، كما تقدم) وسمي فضيخاً لأنه يفضخ أي يسكر.

٤- نقيع الزبيب (النيء من ماء الزبيب المنقوع في الماء حتى خرجت حلاوته من غير طبخ، واشتد وقذف بالزبد، أو لم يقذف، كما تقدم).

٥- الطِّلاء أو المثلث العنبي (المطبوخ من ماء العنب إذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، وصار مسكراً، أياً كان القصد من تناوله، على المعتمد).

٦- الباذَق أو المنصَّف (المطبوخ طبخاً يسيراً من ماء العنب، حتى ذهب أقل من الثلثين، وصار مسكراً).

٧- الجمهوري (الطلاء الذي يلقى فيه الماء حتى يرق ويعود إلى المقدار الذي كان في الأصل، ثم يطبخ طبخاً يسيراً، وصار مسكراً، على المعتمد).

والمختار عند الحنفية عملاً برأي محمد بن الحسن رحمه الله التحريم المطلق لأربعة أشربة أخرى هي: نبيذ التمر والزبيب إن طبخ كل واحد منهما طبخاً يسيراً، والخليطان من التمر والزبيب إذا طبخ طبخاً يسيراً، ونبيذ العسل أو التين أو البُر أو الشعير، أو الذرة ويسمى الأخير: الجعة أو البيرة، والطلاء أو المثلث العنبي المشتد وهو: ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه، إذا شرب بقصد التقوي على الطاعة.

---

(١) الرطب: ثمر النخيل إذا أدرك ونضج قبل أن يتتمر، ولكنه جاوز حد البسر إلى الإرطاب.

(٢) البسر: ما قد أزهى من ثمر النخل، ولم يبد فيه وإرطاب.

أحكام الخمر

يتعلق بالخمر ثمانية أحكام وهي:

١- يحرم شرب قليلها وكثيرها إلا عند الضرورة (ضرورة العطش أو الإكراه)، لأنها محرمة لعينها، لقوله ﷺ: «حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها، والسَّكَر من كل شراب»[١] ولا ينتفع بها للتداوي وغيره، لقوله ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرَّم عليكم»[٢]. ويحرم على الشخص أن يسقي الصبيان الخمر، لقوله ﷺ: «شارب الخمر كعابد الوثن»[٣] «الخمر أم الخبائث»[٤] «لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وآكل ثمنها»[٥].

٢- يكفر مستحلها، لثبوت تحريمها بنص قطعي وهو الآية: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٩٠﴾ [المائدة: ٥/ ٩٠].

٣- يحرم على المسلم تملكها وتمليكها بأي سبب كالبيع والشراء والهبة، لأنه يحرم على المسلم الانتفاع بها بأي وجه، لقوله ﷺ: «يا أهل المدينة إن الله تبارك وتعالى قد أنزل تحريم الخمر، فمن كتب هذه الآية، وعنده شيء منها، فلا يشربها ولا يبيعها، فسكبوها في طرق المدينة»[٦] لكنها تورث.

---

(١) رواه العقيلي من حديث علي، وفي رواية «لعينها» وهو معلول بمحمد بن الفرات.

(٢) رواه البيهقي وصححه ابن حبان.

(٣) رواه البزار عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً.

(٤) رواه النسائي عن عثمان بن عفان موقوفاً، وكذا البيهقي وابن أبي الدنيا.

(٥) رواه أبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما، وصححه ابن السكن.

(٦) رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

٤- لا يضمن متلفها إذا كانت لمسلم.

٥- إنها نجسة نجاسة مغلظة: فلو أصاب الثوب منها عند الحنفية أكثر من قدر الدرهم، لم تصح الصلاة به، لأن الله تعالى سماها رجس﴿رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ﴾.

٦- يحد شارب القليل والكثير منها، لقوله ﷺ: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام»[1].

٧- حد شرب الخمر وحد السكر ثمانون جلدة في رأي الجمهور، لفعل الصحابة رضي الله عنهم. وفي رأي الشافعية: أربعون جلدة، لأن عثمان رضي الله عنه جلد الوليد بن عقبة أربعين، وحديث علي المتقدم: «جلد رسول الله ﷺ أربعين..».

٨- إذا تخللت الخمر بنفسها أو بعلاج ، حل شرب الخمر عند الجمهور، لقوله ﷺ: «نعم الإدام الخل»[2] وقياساً على دبغ الجلد، فإن الدباغ يطهره.

ويرى الشافعية أنه لا يحل التخليل بالعلاج، ولا تطهر الخمر حينئذ، لتنجس الشيء المطروح في الخمر بملاقاتها، فينجسها بعد انقلابها خلاً.

ويحل شرب الخل إذا نقلت الخمر من الظل إلى الشمس أو على العكس، بالاتفاق.

أحكام الأشربة المسكرة الأخرى غير الخمر

تتفق أحكام هذه الأشربة المسكرة مع أحكام الخمر في حرمة شرب قليلها وكثيرها على المعتمد المفتى به عند الحنفية، وفي رأي بقية الأئمة، وفي كون مقدار

(١) رواه تسعة من الصحابة، أخرج النسائي وابن ماجه وغيرهما حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٢) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب السنن) إلا البخاري من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

الحد فيها عند الجمهور غير الشافعية ثمانين لأربعين جلدة، وعند الشافعية أربعون جلدة، وفي حرمة التداوي بها.

وتنفرد في رأي الحنفية بأحكام هي: أنه لا يكفر مستحلها، ولكن يضلل ويفسق، لثبوت حرمتها بأخبار الآحاد. وفي جواز بيعها عند أبي حنيفة مع الكراهة، مع ضمان متلفها، خلافاً لرأي الصاحبين وبقية الفقهاء، فإنه لا يجوز عندهم بيعها أصلاً وهو المعتمد، وفي كونها نجسة روايتان عن أبي حنيفة: رواية راجحة بنجاستها المغلظة كنجاسة الخمر، ورواية بكونها نجسة نجاسة مخففة، والمفتى به عند الحنفية أن نجاستها كنجاسة الخمر، لكن لا حد على شربها عند الحنفية اتفاقاً إلا بالسكر منها، للحديث المتقدم: «والسكر من كل شراب» وقال بقية المذاهب: يحرم شرب القليل والكثير منها، للأحاديث السابقة.

والخلاصة: حرَّم الإمام محمد جميع هذه الأشربة، وبرأيه يفتى، وهو موافق لآراء المذاهب الأخرى، للأحاديث المتقدمة: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام» «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وقوله ﷺ: «إن من العنب خمراً، وإن من العسل خمراً، ومن الزبيب خمراً، ومن الحنطة خمراً، ومن التمر خمراً، وأنا أنهاكم عن كل مسكر»(١).

المخدرات

يحرم كل ما يضر العقل والبدن كالبنج، والحشيشة، والأفيون، والهروين والكوكائين وغيرها من المخدرات، لما فيها من ضرر محقق، ويعزر متناولها عند الجمهور، ويحد متعاطيها كالمسكرات في رأي الإمام ابن تيمية رحمه الله. ويجوز استعمالها للضرورة كالتداوي ونحوه، لأن حرمتها ليست لعينها، وإنما لضررها.

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن النعمان بن بشير رضي الله عنه.

إثبات شرب المسكر

يثبت شرب المسكر إما بالبينة (شهادة رجلين مسلمين عدلين يشهدان أنه مسكر) وإما بالإقرار مرة واحدة، ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال، ويكفي في إقرار وشهادة أن يقال: شرب فلان خمراً.

واشترط أبو يوسف وزفر هنا وفي السرقة كون الإقرار مرتين في مجلسين كعدد الشهود، ولا يعتبر الإقرار والشهادة بعد ذهاب الرائحة وتقادم العهد في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد.

وأثبت المالكية خلافاً للجمهور إثبات الشرب إذا شمها شاهدان عدلان في فمه، أو تقيأها، وشهدا بذلك عند الحاكم، لأن ابن مسعود جلد رجلاً وجد منه رائحة الخمر، وتشبيهاً للشهادة على الرائحة بالشهادة على الصوت.

ملحق بالحدود

أولاً - تداخل الحدود

إذا اجتمعت الحدود على شخص:

- فإن كانت **حدوداً خالصة لله** تعالى، فإن كان فيها قتل، كأن سرق وزنى وهو محصن، وشرب الخمر، وقتل في الحرابة، ففي رأي الجمهور: تتداخل الحدود، ويكتفي بالقتل، ويسقط سائر الحدود، عملاً باجتهاد ابن مسعود، وفي رأي الشافعي: يستوفى جميعها.

وإما ألا يكون فيها قتل، فلا تداخل، وتستوفى جميعها بالاتفاق.

- وإن كانت **حدوداً خالصة للآدمي**: وهي القصاص، وحد القذف على رأي الجمهور: فيرى المالكية: أن كل حد يدخل في القتل كردة أو قصاص أو حرابة إلا القذف، يستوفى أولاً، ثم يقتل. ويرى الشافعية والحنابلة: أنه تستوفى كل الحدود، ويبدأ بأخفها وهو القذف. وقرر الحنفية أنه يدخل ما دون القتل فيه كما تقدم.

- وإن اجتمع **حق الله وحق الآدمي**: فإن لم يكن فيها قتل فتستوفى كلها بالاتفاق، وإن كان فيها قتل: فتدخل عند الجمهور حدود الله في القتل، وتستوفى كل حقوق الآدمين. وإن اجتمع حق الله وحق الآدمي، كالقصاص والرجم، قدم القصاص اتفاقاً، لتأكد حق الآدمي.

ثانياً - إسقاط الحدود بالتوبة

يرى الجمهور: أنه لا يسقط الحد عند الجمهور بالتوبة إلا حد الحرابة لصريح النص القرآني فيه إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب.

ويرى الحنابلة في الأظهر: أن التوبة تسقط الحد عن التائب، من غير اشتراط مضي زمان، لقوله ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»[١] «التوبة تجب ما قبلها»[٢].

قبول شهادة القاذف بعد التوبة فيه اتجاهان:

يرى الحنفية: أنه لا تقبل شهادة المحدود في القذف أبداً، وإن تاب وأصلح.

ويرى الجمهور: أن شهادته تقبل إذا تاب، وتوبته: إكذابه نفسه.

إسقاط القصاص والدية بالتوبة

لا يسقط القصاص والدية اتفاقاً بالتوبة، لتعلق الحق الشخصي به لأولياء الدم.

ويرى أكثر العلماء أن التوبة عن القتل تسقط المطالبة في الآخرة، لحديث توبة القاتل مئة نفس، في الماضي، وقبول الله توبته.

إسقاط التعازير بالتوبة

يرى الحنفية والشافعية تفصيلاً في الموضوع:

---

(١) رواه ابن ماجه، والطبراني في الكبير، والبيهقي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً.

(٢) ذكر هذا في مغني المحتاج ٤/ ١٨٤، وفي المغني ٩/ ٢٠١.

- فإن كان التعزير حقاً لله تعالى كتعزير مفطر رمضان عمداً دون عذر، وتارك الصلاة، وآكل الربا، وحاضر موائد الخمر ومجالس الفسق، فيسقط بالتوبة، وبعفو القاضي.

- وأما كان التعزير حقاً خالصاً للإنسان، أو الغالب فيه حقه كالسب والضرب والتزوير وشهادة الزور، فلا يسقط بالتوبة، كما لا يسقط بعفو القاضي.

ثالثاً - كون الحدود زواجر أو جوابر

- يرى الحنفية أن الحدود والتعزيرات شرعت لزجر العصاة في الدنيا، ولا تسقط العقوبة عن العاصي في الآخرة إلا بتوبة، كما هو المقرر في آية القتل العمد: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾﴾ [النساء: ٩٣/٤] مع حديث توبة القاتل مئة نفس، وفي حد الحرابة.

- ويرى الجمهور أن العقوبة إذا طبقت على المسلم، سقط العقاب الأخروي، لقوله ﷺ: «الله أعدل من أن يثني على عبده العقوبة في الآخرة»[(١)] «الحدود كفارات لأهلها»[(٢)] وحديث عبادة بن الصامت عند مسلم: «...ومن أصاب شيئاً من ذلك، فعوقب به، فهو كفارة له، ومن أصاب شيئاً من ذلك، فستره الله عليه، فأمره إلى الله: إن شاء عفا عنه، وإن شاء عذبه».

❊ ❊ ❊

---

(١) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم، من حديث علي رضي الله عنه.

(٢) ليس هذا حديثاً، وإنما نص الحديث عند أحمد والطبراني عن خزيمة بن ثابت: «أيما عبد أصاب شيئاً مما نهى الله عنه، ثم أقيم عليه حده، كفّر عنه ذلك الذنب».

الردة وأحكام المرتد

معنى الردة وشروطها، وأحكام المرتدين.

معنى الردة

الردة **لغة**: الرجوع عن الشيء إلى غيره، **وشرعاً**: الرجوع عن دين الإسلام إلى الكفر، سواء بالنية أو بالفعل المكفِّر أو بالقول، وسواء قاله استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً.

والردة أفحش الكفر وأشده حكماً، ومحبطة للعمل إن اتصلت بالموت في رأي الشافعية، وبنفس الردة في رأي الحنفية، لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢/٢١٧].

والمرتد: الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر، كمن أنكر وجود الله، أو نفى الرسل، أو كذّب رسولاً، أو حلّل حراماً بالإجماع كالزنا وشرب الخمر، أو حرم حلالاً بالإجماع كالبيع والزواج، أو نفى وجوب مجمع عليه، كنفي ركعة من الصلوات الخمس المفروضة، أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع كزيادة ركعة في فريضة، أو وجوب صوم شيء من شوال، أو عزم على الكفر غداً أو تردد فيه.

ومثال الفعل المكفِّر: إلقاء مصحف أو كتاب حديث نبوي على قاذورة، أو سجود لصنم أو شمس.

الفرق بين المرتد والزنديق والسابّ والساحر

المرتد: المكلف الذي يرجع عن الإسلام طوعاً، إما بالتصريح بالكفر، أو بلفظ يقتضيه، أو بفعل يتضمنه.

والزنديق: الذي يظهر الإسلام ويُبطن الكفر، فإذا عثر الحاكم عليه قتل ولا يستتاب، ولا يقبل قوله في ادعاء التوبة إلا إذا جاء تائباً قبل ظهور زندقته.

والساحر: يقتل إذا عثر عليه كالكافر، وهل تقبل توبته أو لا؟ رأيان.

والسابّ لله تعالى أو النبي ﷺ، أو أحد من الملائكة أو الأنبياء، فإن كان مسلماً قتل اتفاقاً، ولا يستتاب في رأي المالكية.

شروط صحة الردة

يشترط لصحة الردة ثلاثة شروط: العقل، والبلوغ، والاختيار أو الطواعية.

فلا تصح ردة الصبي غير المميز والمجنون، لعدم توافر العقل. ولا تصح ردة السكران الذاهب العقل استحساناً عند الحنفية، لعدم توافر القصد، فهو كالمعتوه، ولأنه زائل العقل فلم تصح ردته كالنائم.

ورأى الشافعية والحنابلة: أنه تصح ردة السكران المتعدي بسكره، كما يصح إسلامه وطلاقه وسائر تصرفاته.

ولا تصح ردة الصبي المميز عند الشافعية وأبي يوسف لأن البلوغ شرط، كما لا يصح أيضاً إسلامه، للحديث المتقدم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ..». وليس البلوغ شرطاً عند أبي حنيفة ومحمد والمالكية والحنابلة، فتصح ردة الصبي المميز وإسلامه، لكن في رأي أبي حنيفة ومحمد: لا يقتل ولا يضرب، إنما يعرض عليه الإسلام جبراً عند البلوغ، ويحبس ويضرب، وإذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته.

ويصح عند هؤلاء إسلام الصبي المميز، لحديث: «كل مولود يولد على الفطرة..»[١] وحديث: «من قال: لا إله إلا الله دخل الجنة»[٢].

---

(١) رواه الموطأ وأحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «ما من مولود إلا يولد» ولفظ أبي يعلى والطبراني والبيهقي عن الأسود بن سريع: «كل مولود يولد».

(٢) رواه البزار وغيره عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، روي عن ٣٤ صحابياً، فهو متواتر.

وليس الذكورة شرطاً، فتصح ردة المرأة.

ولا تصح ردة المكره اتفاقاً إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان.

أحكام المرتد

أولاً - قتل المرتد

اتفق العلماء على وجوب قتل المرتد، لقوله ﷺ: «من بدّل دينه فاقتلوه»[١] «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيِّب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٢].

وتقتل المرتدة أيضاً في رأي الجمهور، لحديث معاذ بن جبل: «أن النبي ﷺ لما أرسله إلى اليمن، قال له: أيما رجل ارتد عن الإسلام فادعه، فإن عاد وإلا فاضرب عنقه، وأيما امرأة ارتدت عن الإسلام، فادعها، فإن عادت، وإلا فاضرب عنقها»[٣].

وذهب الحنفية: إلى أنه لا تقتل المرأة، ولكنها تجبر على الإسلام، بحبسها إلى أن تسلم أو تموت، لارتكابها جرماً عظيماً، وتضرب في كل ثلاثة أيام مبالغة في الحمل على الإسلام، والدليل على عدم قتلها: قوله ﷺ: «لا تقتلوا امرأة» وفي حديث صحيح آخر: أن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء[٤].

الاستتابة

لا يقتل المرتد إلا بعد الاستتابة ومحاولة إقناعه وعودته إلى الإسلام لاحتمال

(١) رواه الجماعة إلا مسلماً عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) رواه البخاري ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) حديث حسن رواه الطبراني في معجمه.

(٤) الحديث الأول رواه أبو داود عن أنس مطلعه: «انطلقوا باسم الله وبالله..» والثاني رواه الجماعة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما.

أن يظل مسلماً كما كان. وتوبته: أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام، ولو تبرأ عما انتقل إليه، كفاه، لحصول المقصود به، ثم يأتي بالشهادتين.

والاستتابة مستحبة عند الحنفية، لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «قدم على رجل من جيش المسلمين، فقال: هل عندكم من مُغربة خبر؟ قال: نعم، رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه، فقتلناه، فقال عمر: هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام، وأطعمتموه في كل يوم رغيفاً لعله يتوب، ثم قال: اللهم إني لم أحضر ولم آمر ولم أرض» قال الكمال بن الهمام رحمه الله: لكن ظاهر تبري عمر يقتضي الوجوب.

وقرر الجمهور: أنه تجب الاستتابة قبل القتل ثلاث مرات، لما ثبت عن عمر. ولا يعارض هذا النهي عن قتل النساء الذي استدل به الحنفية، لأن ذلك محمول على الحربيات، وهذا محمول على المرتدات.

والذي يتولى قتل المرتد: هو الإمام أو نائبه، فإن قتله أحد بلا إذنهما، أساء وعزِّر، ولكن لا ضمان بقتله، إلا إذا لحق بدار الحرب، فلكل واحد قتله وأخذ ما معه.

ثانياً - حكم مال المرتد وتصرفاته

اتفق العلماء على أن المرتد إذا عاد إلى الإسلام، تبقى أمواله ملكاً له، وإذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب، زالت أمواله عن ملكه.

والمقرر الراجح في المذاهب الأربعة: أن أموال المرتد بمجرد الردة تصبح **موقوفة**، فيحجر عليه بالارتداد إلى أن يتقرر مصيره، فإن أسلم تبينا بقاء ملكه، وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحاقه في رأي الحنفية، تبينا زوال ملكيته عن أمواله بمجرد ردته.

وكذلك تكون **تصرفات** المرتد حال ردته بالبيع والشراء والهبة والوصية ونحوها **موقوفة** عند أبي حنيفة، فإن أسلم كان تصرفه صحيحاً، وإن قتل أو مات على ردته، كان تصرفه باطلاً.

وفصل الشافعية القول فقالوا: إذا كان التصرف يحتمل الوقف كالوصية فهو موقوف، وإن لم يحتمل الوقف كالبيع والهبة والرهن، كان التصرف باطلاً، لأنهم لا يجيزون توقف العقود، ودليلهم أن المرتد تزول عنه بالردة عصمة نفسه وعصمة ماله.

وذهب الصاحبان والحنابلة: إلى أنه لا يزول ملك المرتد بمجرد ردته، وإنما يزول بالموت أو القتل، لأن تأثير الردة يظهر في إباحة دمه، لا في زوال ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص.

ورأى الصاحبان أن ملكيته تزول عن أمواله بمجرد اللحاق بدار الحرب كالموت أو القتل.

وقال الحنابلة: لا تزول ملكيته باللحاق بدار الحرب، لكن قال ابن مفلح الحنبلي في المبدع: تكون تصرفات المرتد موقوفة على المذهب، أي كما قال الإمام أبو حنيفة.

ثالثاً - حكم ميراث المرتد

اختلف أبو حنيفة مع الصاحبين في الميراث. فقال أبو حنيفة: إذا مات المرتد، أو قتل، أو لحق بدار الحرب، وترك ماله في دار الإسلام، انتقل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته، وما اكتسبه في حال ردته يكون فيئاً يوضع في بيت مال المسلمين، لأن الإرث له أثر رجعي يمتد إلى الماضي.

وقال الصاحبان: كل مال للمرتد يملكه ورثته، سواء كان الكسب قبل الردة أم بعدها، لأنه لا تزول ملكيته عن أمواله، وإنما يبقى ملكه له، لأنه أهل للملك، ويعتبر للتوريث أثر.

❊ ❊ ❊

التعزير

تعريفه وموجبه، مدى مشروعية الحبس، التعزير بالقتل سياسة، التعزير بالمال، شروط وجوب التعزير، قدر التعزير، صفاته، وسائل إثبات جريمة التعزير، ضمان موت المعزر والمحدود، حق التأديب، كون التعزير للإمام أو نائبه.

تعريف التعزير وموجبه

التعزير في **اللغة**: المنع، أو النصرة، لأنه منع لعدو الإنسان من أذاه، ثم اشتهر في التأديب والإهانة دون الحد، لأنه يمنع الجاني من معاودة الذنب.

وشرعاً: العقوبة المشروعة على معصية أو جناية لا حد فيها ولا كفارة، سواء بالاعتداء على حق الله تعالى كإفطار نهار رمضان بغير عذر، وترك الصلاة في رأي الحنفية، والربا، وطرح النجاسة والقاذورات في طريق الناس، أو على حق الناس، كمباشرة أجنبية فيما دون الفرج، وسرقة ما دون النصاب، والسرقة من غير حرز، وخيانة الأمانة، والرشوة، والقذف (الرمي) بغير الزنا من أنواع السب والضرب والإيذاء مثل: يا فاسق، يا خبيث، يا سارق، يا فاجر، يا كافر، يا آكل الربا، يا شارب الخمر ونحو ذلك.

ومن موجبات التعزير: الجناية التي لا قصاص فيها، ووطء الزوجة في الدبر، أو أثناء الحيض، والنهب، والغصب، والاختلاس ونحو ذلك.

مشروعية الحبس

يجوز الحبس في تهمة، لأن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة، ثم خلى عنه[١]. وهو الحبس الاحتياطي، ويدل على مشروعية الحبس لمنع الحق قوله ﷺ: «لي الواجد

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم. والتهمة: الظن بما نسب إلى إنسان.

يحل عرضه وعقوبته»[١] وهو دليل على جواز حبس المدين حتى يقضي دينه إذا كان قادراً على الوفاء، تأديباً له وتشديداً عليه، لا إذا لم يكن قادراً. وكان لعمر رضي الله عنه سجن، وتبعه في ذلك عثمان، وعلي رضي الله عنهم. وفسر الحنفية عقوبة نفي المحارب ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ بأنه الحبس.

التعزير بالقتل سياسة

يجوز القتل سياسة لمعتادي الإجرام، ومدمني الخمر، ودعاة الفساد، ومرتكبي جرائم أمن الدولة، ولقد أباح الحنفية والمالكية التعزير في حال تكرار الجريمة، وارتكاب فعل قوم لوط، والقتل بالمثقل في رأي الحنفية، وسموه القتل سياسة، أي القتل الذي يرى فيه الحاكم مصلحة وكان جنس الجريمة يوجب القتل.

وأجاز الحنفية قتل من أكثر من سب النبي ﷺ من أهل الذمة، وإن أسلم بعد أخذه، وأباح أكثر العلماء قتل الساحر، والزنديق الداعي إلى زندقته، إذا قبض عليه، ولو تاب، وروى الترمذي عن جندب موقوفاً ومرفوعاً: «أن حد الساحر ضربه بالسيف».

وأباح المالكية والحنابلة وغيرهم قتل الجاسوس المسلم، إذا تجسس للعدو على المسلمين، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

وأجاز جماعة من الشافعية والحنابلة قتل الداعية إلى البدع المخالفة للقرآن والسنة.

واتفق الفقهاء على مشروعية قتل الجاسوس الحربي الكافر، وأما المعاهد والذمي فينتقض عهده بالتجسس في رأي مالك والأوزاعي، وثبت في السنة مشروعية قتل الجاسوس المستأمن والذمي[٢].

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن الشريد. والمعنى: مطل الغني يجيز وصفه بالظلم، وشكايته، وحبسه.

(٢) رواه أحمد والبخاري وأبو داود عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه.

ويقتل المفرق لجماعة المسلمين، لما رواه مسلم عن عرفجة الأشجعي رضي الله عنه: «من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد، يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه».

التعزير بالمال

لم يجز فقهاء المذاهب الأربعة التعزير بالمال، لما فيه من تسلط الظلمة على أخذ أموال الناس، لكن ابن تيمية وابن قيم أثبت أن التعزير بالغرامات المالية مشروع في مواضع مخصوصة في مذهب مالك في المشهور عنه، ومذهب أحمد، وأحد قولي الشافعي، كما دلت عليه السنة النبوية من أمره ﷺ بمضاعفة غرم ما لا قطع فيه من الثمر المعلَّق والكثر (جمار النخل) وأخذه شطر مال مانع الزكاة، وتحريق عمر وعلي رضي الله عنهما مكان الخمار، ونحوه كثير. ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة والاستدلال عليها[١].

وروي عن أبي يوسف: أنه يجوز للسلطان التعزير بأخذ المال، ومعناه: إمساك شيء من مال الجاني عنه مدة، لينزجر عما اقترفه، ثم يعيده الحاكم إليه، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال، كما يتوهم الظلمة، لأنه لا يجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي.

وقال ابن عابدين: وأرى أن يأخذ الحاكم مال الجاني، فيمسكه عنده، فإن أيس من توبته، يصرفه إلى ما يرى من المصلحة. وأما مصادرة السلطان لأرباب الأموال، فلا تجوز إلا لعمال بيت المال، على أن يردها لبيت المال، وصادر عمر طعاماً من سائل وجده أكثر من كفايته، وتصادر الأموال من كسب غير مشروع[٢].

---

(١) الحسبة في الإسلام لابن تيمية ص٤٩، أعلام الموقعين ٢/ ٩٨، الطرق الحكمية لابن قيم ص٢٦٦ وما بعدها.

(٢) رد المحتار ٣/ ١٩٥ وما بعدها.

شروط التعزير

يشترط **العقل** فقط لوجوب التعزير بارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع، فيعزر كل عاقل، ذكراً كان أو أنثى، مسلماً أو كافراً، بالغاً أو صبياً عاقلاً (مميزاً) لأن هؤلاء غير الصبي من أهل العقوبة، أما الصبي فيعزر تأديباً لا عقوبة.

وضابط وجوب التعزير هو: كل من ارتكب منكراً، أو آذى غيره بغير حق، بقول أو فعل أو إشارة، سواء أكان المعتدى عليه مسلماً أم كافراً.

قدر التعزير

التعزير على قدر الجناية وعلى قدر مراتب الجاني بحسب اجتهاد الحاكم، إما بالتوبيخ أو بالحبس أو بالضرب أو بالصفع أو بالقتل، أو بالعزل من الولاية، وبإقامته من المجلس، وبالنيل من كرامته مثل: يا ظالم، يا معتدي، ولا بأس بتسويد وجهه، ونداء عليه بذنبه، ويطاف به مع ضربه، ويجوز صلبه، وتغريمه بالمال وإتلافه في رأي الحنابلة، وأقل التعزير ضرباً: ثلاثة أسواط فصاعداً، ويمكن أن يكون أقل من ذلك، فليس لأقله حد معين.

وأقصاه في رأي أبي حنيفة ومحمد الشافعية والحنابلة: أدنى الحدود المشروعة، فينقص منه سوط، وفي رأي أبي يوسف: ينقص خمسة أسواط لقوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»[١].

وأدنى الحدود عند الشافعية: أربعون جلدة، وهو حد الخمر، وفي رأي بقية المذاهب خمسة أسواط.

وذهب المالكية: إلى أن الإمام يضرب في التعزير بحسب اجتهاده، حتى ولو

---

(١) رواه البيهقي من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه، وهو مرسل.

تجاوز أعلى الحدود، لما روي أن معن بن أوس عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال، ثم جاء به صاحب بيت المال، فأخذ منه مالاً، فبلغ عمر رضي الله عنه، فضربه مئة وحبسه، فكُلم فيه، فضربه مئة أخرى، فكلم فيه من بعد، فضربه ونفاه[١].

صفات التعزير

يتميز التعزير بصفات أهمها اثنتان:

الأولى: أنه في رأي المالكية والحنابلة حق واجب لله تعالى إذا رآه الإمام، فلا يجوز له تركه، لأنه زاجر مشروع لحق الله تعالى، فوجب كالحد.

وليس عند الشافعية واجباً، فيجوز للسلطان تركه إذا لم يتعلق به حق لآدمي، لما روي أن النبي ﷺ قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود»[٢] أي إذا كان التعزير حقاً لله تعالى كانتهاك الحرمات الدينية فلا يجب، وإذا كان حقاً للعبد ولم يعف عنه، مستحقه، فهو واجب التنفيذ.

ومذهب الحنفية كالشافعية: إن كان التعزير حقاً شخصياً لإنسان فهو واجب لا عفو فيه، لأن حقوق العباد لا يملك القاضي إسقاطها، وإن كان حقاً لله تعالى فهو مفوَّض إلى رأي الإمام: إن رأى المصلحة فيه أقامه، وإن لم ير فيه المصلحة تركه.

الصفة الثانية: أن التعزير أشد الضرب، لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد، فلا يخفف فيه من حيث الوصف، كيلا يؤدي إلى فوات المقصود منه وهو الزجر، ثم يليه حد الزنا، ثم حد الشرب، ثم حد القذف.

---

(١) القصة في المغني لابن قدامة ٨/ ٣٢٥.

(٢) رواه البخاري ومسلم عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

إثبات جريمة التعزير

تثبت جريمة التعزير في رأي الحنفية كما تثبت به حقوق العباد من الإقرار، والبينة، والنكول، وعلم القاضي في رأي المتقدمين، والمفتى به أنه لا يجوز إثباته بعلم القاضي في زماننا، منعاً للتهمة، وسداً للذرائع أمام فساد القضاة.

وتقبل فيه عند الحنفية شهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

ضمان موت المعزَّر أو المحدود

يرى الجمهور أنه إذا عزر الإمام رجلاً، أو حده، فمات بسبب التعزير أو الحد، فلا ضمان عليه، لأن التعزير مشروع للردع والزجر، والإمام مأمور به وبالحد، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة.

وذهب الشافعية: إلى أنه لا يجب على الإمام ضمان موت المحدود، لأن الحق قتله، ويجب ضمان موت المعزَّر، لقول علي رضي الله عنه: «ما من رجل أقمت عليه حداً فمات، فأجد في نفسي أنه لا دية عليه، إلا شارب الخمر، فإنه لو مات وديته، لأن النبي ﷺ لم يسنّه»[1] أي لم يسنّ فيه مقداراً معيناً، وإنما فعل أفعالاً مختلفة، مما يدل على أنه تعزير، والتعزير فوض إلى اجتهاد الإمام، والتعزير مشروط بسلامة العاقبة.

حق التأديب

يشرع التأديب للوالد مع ولده، وللزوج مع زوجته، وللمعلم مع تلميذه تأديباً، فإذا تلف من التأديب المشروع، فيجب الضمان في رأي أبي حنيفة والشافعي، لأنه تأديب مباح، فيتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق ونحوه.

---

(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه.

وذهب مالك وأحمد والصاحبان: إلى أنه لا ضمان عليه في التأديب، لأنه فعل مشروع للزجر والردع، فلا يضمن التالف به كالحدود.

سلطة التعزير للإمام

التعزير كسائر الحدود منوط بالإمام، وليس لأحد حق التعزير إلا لمن له حق التأديب وهم ثلاثة: الأب، والسيد، والزوج. الأب مع ولده الصغير، ومثله الأم، والسيد مع رقيقه، والزوج مع زوجته في شأن النشوز وأداء حق الله تعالى كالصوم والصلاة.

القصاص والديات

القصاص والديات

الجناية وأنواعها، القتل وأنواعه وحكم كل نوع، أركان القتل العمد وحالاته، القتل العمد وعقوبته، ما يتعلق بالقصاص من أحكام، القتل شبه العمد وعقوبته، القتل الخطأ وعقوبته، الدية وأحكامها.

الجناية على ما دون النفس (الشجاج والجراح) الجناية على نفس غير مكتملة (الإجهاض) التسبب في الاعتداء (جناية الحيوان، وجناية الحائط المائل). طرق إثبات الجناية.

الجناية وأنواعها

الجناية في **اللغة**: الذنب أو المعصية أو الجريمة، وهي كل ما يجنيه المرء من شر اكتسبه. وفي **الاصطلاح** الشرعي العام: هي كل فعل محرَّم شرعاً، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غيرهما. أو بعبارة أخرى كما قال الماوردي: الجرائم: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير، والمحظور: إما إتيان منهي عنه أو ترك مأمور به.

وفي الاصطلاح الخاص عند الفقهاء: الجناية: الاعتداء الواقع على نفس الإنسان أو أعضائه، وهو القتل والجرح والضرب.

وعبارات الفقهاء في كتبهم متقاربة حيث يتكلم الحنفية عن الاصطلاح

بعنوان: الجنايات، والشافعية والحنابلة بعنوان: الجراح، والمالكية بعنوان الدماء.

والجناية نوعان: جناية على البهائم والجمادات، وتبحث في باب الغصب والإتلاف، وجناية على الإنسان، وهي محل بحثنا هنا.

والجناية على الإنسان بحسب خطورتها، أنواع ثلاثة: جناية على النفس وهي القتل، وجناية على ما دون النفس وهي الضرب والجرح، وجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه وهي الجناية على الجنين أو الإجهاض.

والجناية على النفس بحسب القصد وعدمه أنواعه ثلاثة أيضاً: عمد، وشبه عمد، وخطأ.

القتل وعقوبته وأنواعه

القتل: الفعل المزهق أو المميت، وهو هدم للنفس الإنسانية.

وحكمه الشرعي: أنه حرام، ومن السبع الكبائر أو الموبقات الذي يستحق القصاص في الدنيا، والعذاب في الآخرة.

أما التحريم فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء: ١٧/٣٣]... وأما القصاص فلقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ (١٧٨) وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ (١٧٩)﴾ [البقرة: ٢/١٧٨-١٧٩].

وعقوبة القتل العمد الأخروية: الخلود في نار جهنم إلا أن يتوب القاتل، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا

﴿وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾﴾ [النساء: ٤/ ٩٣] والتوبة لحديث القاتل مئة نفس[١].

وأوضحت السنة النبوية حالات القصاص في الدنيا في قوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٢] وقوله أيضاً: «العمد قَوَد إلا أن يعفو ولي المقتول»[٣].

والانتحار أيضاً حرام لأحاديث كثيرة منها: «من تردَّى من جبل، فقتل نفسه، فهو في نار جهنم يتردى فيها خالداً مخلَّداً فيها أبداً، ومن تحسّ سُمّاً فقتل نفسه، فسُمّه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً مخلَّداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بحديدة، فحديدته في يده يتوجأ بها في نار جهنم خالداً مخلّداً فيها أبداً»[٤].

أنواع القتل

عند أكثر العلماء ومنهم الشافعية والحنابلة ثلاثة أنواع: قتل عمد، وشبه عمد، وخطأ، وهو أشهر التقسيمات.

القتل العمد: قصد الفعل العدوان والشخص بما يقتل غالباً، جارحٍ أو مثقل، مباشرة أو تسبباً، كحديد وسلاح وخشبة كبيرة، وإبرة في مقتل، أو غير مقتل كفخذ وألية إن حدث تورّم وألم واستمرا حتى مات.

القتل شبه العمد: قصد الفعل العدوان والشخص بما لا يقتل غالباً، كضرب

(١) متفق عليه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه (رياض الصالحين ص١٤-١٥).

(٢) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٤) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه. تردى: رمى بنفسه من الجبل أو غيره فهلك، ويتوجأ: يضرب بها نفسه، وتحسى: تناول أو تجرع.

بحجر خفيف أو لكمة باليد، أو بسوط أو عصا صغيرين أو خفيفين، ولم يوال بين الضربات، وألا يكون الضرب في مقتل، أو كان المضروب صغيراً أو ضعيفاً، وألا يكون حر أو برد مساعد على الهلاك، وألا يشتد الألم ويبقى إلى الموت، فإن كان شيء من ذلك فهو عمد، لأنه يقتل غالباً.

ولا قصاص في شبه العمد، وإنما فيه دية مغلظة.

القتل الخطأ: القتل الحادث بغير قصد الاعتداء، لا للفعل ولا للشخص، كأن وقع شخص على آخر فمات، أو رمى شجرة أو دابة، فأصابت الرمية إنساناً فمات، أو رمى آدمياً، فأصاب غيره، فمات.

أركان القتل العمد

هي ثلاثة: أن يكون القتيل آدمياً حياً معصوم الدم، وأن يحدث القتل نتيجة لفعل الجاني، وأن يقصد الجاني إحداث الوفاة.

الركن الأول: القتيل آدمياً حياً معصوم الدم

هذا هو الفارق الأساسي المميز لجريمة القتل العمد عن غيره، وهو أن يكون المعتدى عليه آدمياً حياً معصوم الدم على التأبيد، فلا قصاص بالاعتداء على غير الإنسان، ولا على الميت الذي فارق الحياة، ولا على غير معصوم الدم كالمرتد أو الحربي أو المستأمن في دار الإسلام، لأن كلاً من المرتد والحربي غير معصوم الدم، والمستأمن عصمته مؤقتة أثناء إقامته في دار الإسلام، وأصله حربي، وداخل دار الإسلام لحاجة مؤقتة، ثم يعود لوطنه.

ولا قصاص بقتل الباغي (الخارج على الإمام بقصد خلعه) لعدم العصمة وإباحة دمه.

وأساس العصمة في رأي الحنفية: الوجود في دار الإسلام، فيعد الذمي والمستأمن معصوم الدم، لكن في عصمته شبهة.

وفي رأي الجمهور أساس العصمة: الإسلام أو الأمان، فالمسلم والذمي والمستأمن والمهادن معصوم الدم، لكن لا يقتل المسلم بالكافر في رأيهم.

ووقت العصمة في رأي الحنفية مختلف فيه بين الإمام وصاحبيه، فوقت العصمة عند أبي حنيفة: وقت الفعل (فعل القاتل) فمن رمى إنساناً، فجرحه، ثم ارتد المجروح ومات، لا يقتص من الجاني، لأن فعله لا يصير قتلاً إلا بفوات حياة القتيل، وقد فاتت في وقت لم يكن فيه معصوماً، لكن على الجاني الدية للجرح الذي أحدثه.

وعند الصاحبين: وقت العصمة وقت الفعل ووقت الموت جميعاً، فلا قصاص على الجاني، في المثال السابق، ولا دية عليه، فالخلاف بين الإمام وصاحبيه في إيجاب الدية. ووقت العصمة عند بقية المذاهب كالصاحبين.

الركن الثاني: أن يحدث القتل نتيجة لفعل الجاني

معناه لابدَّ من كون فعل الجاني من شأنه إحداث الوفاة، فإن كان الموت بفعل لا ينسب إلى الجاني، أو لا يؤدي إلى الموت، فلا يعد الجاني قاتلاً.

ويعرف ذلك بحسب أداة القتل والأفعال المكونة للقتل.

أداة القتل

اشترط أبو حنيفة في الأداة: أن تكون بما يقتل غالباً، ومما يعد للقتل، وهي: كل أداة جارحة أو طاعنة ذات حد، لها مَوْر في الجسم، أي تفرق أجزاء الجسم، كالحديد وبقية المعادن، والخشب المحدد أو الحجر المحدد، والإبرة في مقتل، والنار والزجاج.

وأداة القتل شبه العمد في رأي أبي حنيفة: كل آلة تقتل غالباً، ولكنها ليست جارحة ولا طاعنة كالخشبة الكبيرة والحجر الثقيل.

ودليل أبي حنيفة: قوله ﷺ: «ألا إن قتيل الخطأ شبه العمد، قتيلُ السوط أو العصا، فيه مئة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها»[١].

ويفتى برأي الإمام.

وأداة القتل عند **المالكية** هي: كل آلة يقتل بها غالباً كالمحدد من سلاح ونحوه، والمثقل كالحجر، أو لا يقتل بها غالباً كالعصا والسوط ونحوهما، سواء قصد الجاني بالضرب قتل المجني عليه أو لم يقصد قتلاً، وإنما قصد مجرد الضرب، ولو أصابت الرمية شخصاً لم يقصد قتله، إن حصل الضرب لعداوة أو غضب لغير تأديب، ففي ذلك كله القصاص، أي يكفي عندهم وجود العدوان.

وأداة القتل عند الشافعية والحنابلة: أن تكون مما يقتل غالباً، سواء بمحدد كالسلاح، أو بمثقل كالعصا والحجر.

ودليلهم الحديث المتقدم الذي استدل به الحنفية: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ، قتيل السوط والعصا والحجر، مئة من الإبل» قالوا: إن الحديث محمول على المثقل الصغير، لأنه ذكر العصا والسوط مع الحجر، مما يدل على أنه أراد ما يشبههما. وكذلك حديث الرجل اليهودي الذي قتل امرأة أنصاريه برض رأسها بين حجرين، فأمر النبي ﷺ برض رأسه بالحجارة[٢].

الأفعال المكونة للقتل تسعة أنواع

١ - **القتل بمحدد**: وهو كل آلة جارحة أو طاعنة لها مَوْر في البدن، أي تفرق أجزاء الجسد، كالسلاح، والخشب المحدد، والحجر المحدد والزجاج والعظيم ونحوها.

اتفق الفقهاء على أن القتل بالمحدد قتل عمد يوجب القصاص.

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٢) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

٢- **القتل بالمثقل**: أي غير المحدد، وهو ما ليس له حد، كالعصا والحجر، وللفقهاء في حكمه رأيان:

- يرى أبو حنيفة: أن القتل بمثقل إلا الحديد وما في معناه من المعادن شبه عمد. للحديث المتقدم: «ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مئة من الإبل» فإذا أوجب الرسول ﷺ فيه الدية، كان شبه عمد.

واستثناء الحديد ونحوه، لأنه يعمل عمل السلاح.

- وذهب الصاحبان والشافعية والحنابلة: إلى أن القتل بالمثقل: هو الذي يقتل غالباً، لعموم الآيات الدالة على وجوب القصاص في القتل، ولإيجاب النبي ﷺ القصاص على يهودي قتل امرأة بحجر. وحديث أبي حنيفة محمول على المثقل الصغير.

والمالكية مثل هذا الرأي وأشد، فالقتل بمثقل قتل عمد، سواء كان مما يقتل غالباً أو لا يقتل غالباً، ما دام الفعل عدواناً، لا على جهة التأديب.

٣- **القتل بالمباشرة**: المباشرة؛ ما أثر في التلف وحصله دون واسطة، وكان علة للموت. واتفق الفقهاء على أنه موجب للقصاص، سواء كان من قاتل واحد أو من جماعة.

والقتل الجماعي يوجب القصاص بالاتفاق، لإفتاء الصحابة بذلك، ففي عهد عمر رضي الله عنه: أن امرأة بصنعاء غاب عنها زوجها، وترك عندها ابناً له من غيرها، فاتخذت لنفسها خليلاً، فقالت له: إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله، فأبى، فامتنعت منه، فطاوعها، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة، ورجل آخر، والمرأة وخادمها، فقطعوه أعضاء، وألقوا به في بئر، ثم ظهر الحادث وفشا بين الناس، فأخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف، ثم اعترف الباقون، فكتب إلى

عمر، فكتب إليه: أن اقتلهم جميعاً، وقال: «والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعاً»[١].

التمالؤ: في رأي الجمهور هو: توافق إرادات الجناة على الفعل، ولو دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، بحيث يباشرون الجناية.

ورأى المالكية: أن التمالؤ: التعاقد والاتفاق، وهو أن يقصد شخصان فأكثر قتل شخص وضربه.

وعلى هذا يعاقب الشريك المعين أو المحرض دون مباشرة بالتعزير في رأي الجمهور، ويقتص منه عند المالكية.

قتل جماعة (تعدد القتلى): إذا قتل القاتل جماعة اقتص منه بالأولى اتفاقاً، لكن هل يجب عليه للآخرين الدية؟ فيه اتجاهان للفقهاء:

- لا يجب عند الحنفية والمالكية ديات للآخرين، وليس للجماعة إلا القصاص، وهو حقهم، فإيجاب شيء من المال زيادةٌ على الحق في القصاص.

- ويجب للآخرين الديات عند الشافعية والحنابلة، لكن الحنابلة قالوا: هذا إن أراد أحدهم القصاص والآخر الدية، فيقتص للأول، وتدفع الدية للآخر، لقول النبي ﷺ: «فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين، إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العَقْل»[٢] أي الدية. أما إن اتفقوا على القصاص، اقتص من القاتل، وليس عليه شيء آخر.

٤- **القتل بالتسبب**: السبب هو: ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله، أي إنه يؤثر في القتل بواسطة، كحفر بئر في الطريق العام دون إذن الدولة، وشهادة زور، وإكراه على قتل، وحكم جائر من قاض.

---

(١) رواه مالك في الموطأ وغيره عن سعيد بن المسيب رحمه الله.

(٢) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

والسبب ثلاثة أنواع: حسي كالإكراه على القتل، وشرعي كشهادة الزور على القتل، وعرفي كتقديم طعام مسموم لمن يأكله.

والقتل بالتسبب فيه رأيان: يرى الحنفية أنه لا يوجب القصاص، إلا حال الإكراه على القتل فيقتص من المكره، لأن المستكره مجرد آلة، ولا قصاص على الآلة.

ويرى الجمهور: أنه يجب القصاص.

ففي حال **الإكراه على القتل**: يجب القصاص على المكره لا المستكره في رأي أبي حنيفة ومحمد، للحديث المتقدم: «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[1].

وفي رأي الجمهور: يجب القصاص على المكره والمستكره جميعاً، لأن المكره متسبب في القتل، والمستكره مباشر القتل.

الأمر بالقتل: يختلف عن الإكراه في أن المباشر يكون مختاراً القتل، وفي حال الإكراه يكون المباشر مجبراً على تنفيذ الفعل.

فإن كان المأمور غير مميز كصبي ومجنون، لم يقتص من الآمر عند الحنفية، لأنه قتل بالتسبب، وهذا لا قصاص فيه عندهم، وإنما فيه الدية. ويقتص من الآمر عند الجمهور لأنه متسبب في القتل.

وإن كان المأمور مميزاً: فإن لم يكن للآمر سلطان على المأمور، لا قصاص على الآمر عند أبي حنيفة إلا إذا كان مكرِهاً، ويقتص من المباشر المأمور عند الجمهور ويعزر الآمر.

التسميم: تسبب لقتل النفس، ولا قصاص فيه عند الحنفية، وإنما على الفاعل التعزير، ويوجب القصاص عند الجمهور، لكن قصره الشافعية على حالة الإكراه.

---

(١) رواه ابن ماجه عن أبي ذر، والطبراني والحاكم عن ابن عباس، والطبراني أيضاً عن ثوبان.

المشاركة في القتل مع من لا يجب عليه القصاص: إذا اشترك بالغ مع صبي، وعاقل مع مجنون، وعامد مع مخطئ في القتل، أو الأب مع غيره في قتل الابن، أو الزوج مع غيره في قتل الزوجة، وله منها ولد، أو رجل مع سبع أوحية في إماتة إنسان، ففيه ثلاثة آراء فقهية.

- لا قصاص على أحد، وإنما تجب الدية في مذهبي الحنفية والحنابلة، لوجود الشبهة في فعل كل واحد من المشاركين، لكن الحنفية قرروا أن الدية في مال البالغ ونحوه، والآخر وهو المخطئ تكون الدية على عاقلته (عصبته) مناصفة. والحنابلة مثلهم في حال مشاركة البالغ مع الصبي، والعامد مع المخطئ، لكن شريك الأب عليه القصاص.

- على العامد القصاص، وعلى عاقلة المخطئ والمجنون والصبي نصف الدية، في مذهب المالكية حال التمالؤ على القتل، لأن عمد الصبي كخطئه، رعاية للمصلحة وصيانة الدماء، فإن لم يكن تمالؤ فعلى الكبير نصف الدية في ماله، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية، كما قال الحنيفة.

- على المتعمد نصف الدية مغلظة في ماله، وغير المتعمد عليه نصف الدية مخففة في مذهب الشافعية، ويقتص من شريك الأب كالحنابلة، وشريك جارح نفسه، وشريك دافع الصائل، وشريك صبي مميز أو مجنون، وشريك السبع والحية.

٥- الإلقاء في مهلكة: كأن جمع بين إنسان وحيوان مفترس في مكان ضيق، أو أمام كلب فنهشه، أو رمى عليه حية أو عقرباً فلدغته، فيه ثلاثة آراء:

- يرى الحنفية: أنه لا قود (قصاص) فيه ولادية، وإنما يعزر ويضرب ويحبس إلى أن يموت.

- وذهب المالكية والحنابلة: إلى أنه يجب القصاص على هذا القاتل عمداً.

- واتجه الشافعية إلى هذا الرأي بوجوب القصاص على الشخص الذي جمع بين إنسان وسبع، أو أمسك شخصاً فقتله المجنون، لكن لا قصاص على من ترك إنساناً مع حية، لأنها تهرب عادة من الإنسان، بخلاف السبع.

٦- **التغريق والتحريق**: فيهما اتجاهان:

- فصل الحنفية قائلين: التحريق بالنار قتل عمد يوجب القصاص، والتغريق بالماء الكثير قتل شبه عمد في رأي أبي حنيفة خلافاً للصاحبين، واستدلا بحديث: «من غرّق غرّقناه»[١].

- وأوجب الجمهور: القصاص في الحالتين، لأنه قتل عمد، إذا كان الفعل عدواناً في رأي المالكية، وإذا لم يمكنه التخلص لكثرة النار أو الماء عند الشافعية والحنابلة، فإن أمكنه التخلص، فلا قود (قصاص) ولا دية، لأنه مهلك نفسه.

٧- **الخنِق**: فيه أيضاً اتجاهان:

- إنه عند أبي حنيفة قتل شبه عمد موجب للدية، لأنه ليس وسيلة معدة للقتل، وشرط القتل العمد عنده استعمال آلة قاتلة غالباً، ومعدة للقتل.

- وهو عند الصاحبين والمالكية والشافعية والحنابلة (الجمهور): قتل عمد موجب للقصاص، لأنه عند الصاحبين والشافعية وسيلة معدة للقتل، وعدوان في رأي المالكية، لكن الشافعية قالوا: إن فعله في مدة لا يموت في مثلها غالباً، فهو عمد الخطأ (شبه عمد) إلا إذا كان الفعل يسيراً في العادة فلا دية.

٨- **القتل بالترك أو الحبس**: من حبس شخصاً في مكان، ومنع عنه الطعام والشراب، أو الدفء في الشتاء حتى مات، ففي حكمه رأيان:

- يرى أبو حنيفة: ألا شيء على الحابس، لأن الموت حدث بالجوع ونحوه، لا بالحبس، وخالفه صاحباه فأوجبوا عليه الدية، لأنه قاتل شبه عمد، لأن الطعام ونحوه من لوازم الإنسان المعيشية.

- ورأى الجمهور: أنه كالخنق قتل عمد، لأنه عدوان عند المالكية، ولظهور قصد الإهلاك به لمدة يموت فيها الإنسان غالباً، عند الشافعية والحنابلة.

---

(١) رواه البيهقي من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، لكن فيه مجهول.

٩- **القتل تخويفاً**: مثل من شهر سيفاً أو مسدساً في وجه إنسان، أو صاح بصبي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة، وهو على سطح أو حائط ونحوهما، أو تغفل كبيراً فصاح به، فسقط، أو ألقى حية ولو ميتة على إنسان، فمات فزعاً، أو استدعى حاكم امرأة إلى مجلس القضاء، فأجهضت فزعاً، ففي حكمه رأيان:

- رأى أبو حنيفة ألا ضمان لديته، لعدم كون السبب كافياً للضمان لعدم اتصاله بالنتيجة قطعاً، إذا لم يكن التخويف فجأة، فإن كان فهو قتل شبه عمد.

- ورأى الجمهور أن فعل هذا الفاعل قتل، وهو قتل عمد عند المالكية في غير حال الإجهاض، يوجب القصاص، وشبه عمد عند الشافعية والحنابلة يوجب الدية إن تعمد، وإلا فهو خطأ، لأنه سبب إتلافه.

وفي حال الإجهاض أوجب المذهبان (الشافعية والحنابلة) ضمان دية الجنين إذا ألقته أمه ميتاً، لفعل عمر الآتي بيانه، فإن ماتت المرأة فزعاً فيرى الشافعية ألا ضمان لديتها، لأن ما حدث ليس مهلكاً عادة، وأوجب الحنابلة ديتها.

وفعل عمر: أنه أرسل إلى امرأة مغيبة، كان يُدخل عليها، فقالت: يا ويلها، مالها ولعمر، فبينما هي في الطريق فزعت، فجاءها الطلْق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر الصحابة، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، وصمت علي رضي الله عنه، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول: يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك، فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أفزعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك، أي قريش لأنها العاقلة.

الركن الثالث - القصد الجنائي

- ليس القتل عمداً في رأي الجمهور إلا بتوافر قصد الجاني قتل المجني عليه أو ضربه بفعل مزهق وإلا كان القتل غير عمد.

وبما أن القصد أمر باطني لا يطلع عليه أحد، أقام الفقهاء مقامه أمراً ظاهراً يمكن الاطلاع عليه وهو استعمال أداة القتل التي تقتل عادة أو غالباً.

- واشترط المالكية للقصاص وجود العدوان، ولم يشترطوا قصد القتل، إذا لم يقع الفعل على وجه اللعب أو التأديب، فيكون حينئذ خطأ.

ولا فرق عند الحنفية والحنابلة بين **القصد المحدود** (قتل شخص معين) والقصد غير المحدود (قتل جماعة) فهو قاتل عمد.

وفرق المالكية والشافعية بين نوعي القتل، فهو قتل عمد في القصد المحدود، وقتل خطأ عند المالكية وشبه عمد عند الشافعية في القصد غير المحدود.

واختلف الفقهاء على ثلاثة آراء في حال **الرضا أو الإذن بالقتل**، كمن قال لآخر: اقتلني، فقتله.

فرأى الحنفية ما عدا زفر أن القتل شبه عمد، يوجب الدية، لأن الإذن بالقتل أورث شبهة، والحدود والقصاص تدرأ بالشبهات.

وذهب المالكية: إلى أنه يلزم القصاص، لأن الإذن بالقتل لا يبيحه.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه لا قصاص ولا دية، ودمه أو جرحه هدر، لأن المقتول أذن في إتلاف نفسه، كما لو أذن في إتلاف ماله.

عقوبة القتل

النوع الأول - القتل العمد وعقوبته

للقتل العمد عقوبات أصلية، وبدلية، وتبعية.

العقوبة الأصلية للقتل العمد (القصاص)

اتفق الفقهاء على هذه العقوبة، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ

ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾ [البقرة: ٢/١٧٨-١٧٩] وقوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[(١)] وحديث ابن عباس مرفوعاً: «..ومن قتل عمداً فهو قَوَد..»[(٢)] أي يجب عليه القصاص.

والقصاص في رأي الجمهور **يُكَفِّر** إثم القتل، لأن الحدود كفارات لأهلها. وقال الحنفية: القصاص أو العفو لا يكفّر إثم القتل، لأن المقتول لا ينفعه القصاص، وإنما القصاص منفعة للأحياء، للزجر عن القتل: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي﴾.

معنى القصاص

القصاص في اللغة: تتبع الأثر، واستعمل في معنى العقوبة، لأن المقتص يتبع أثر جناية الجاني، فيجرحه بمثل جنايته. وهو أيضاً بمعنى المماثلة، وهو الملحوظ في المعنى الشرعي الذي هو: مجازاة الجاني بمثل فعله، وهو القتل.

الفروق بين القصاص والحدود

الحدود: حقوق لله تعالى (أي للمجتمع) والقصاص: حق شخصي للإنسان، وفيه عند الحنفية والمالكية حق لله تعالى، وترتب على ذلك عشرة فروق:

يورث القصاص لا الحد، ويصح العفو عن القصاص لا الحد، ولا يمنع التقادم الشهادة على القتل، خلافاً للحد إلا القذف، وتجوز الشفاعة في القصاص، خلافاً للحد بعد وصول الخبر للحاكم، ويتطلب القصاص الادعاء للقضاء، خلافاً للحد إلا القذف والسرقة، ويثبت القصاص بإشارة الأخرس أو كتاباً، خلافاً للحد بسبب الشبهة فيها، ويجوز للقاضي القضاء بعلمه الشخصي

---

(١) رواه الجماعة من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، كما تقدم.

(٢) رواه أبو داود والنسائي.

عند متقدمي الحنفية في القصاص دون الحدود، وأفتى المتأخرون بمنع ذلك مطلقاً بسبب التهمة.

ويجوز لولي الدم مع وجود الحاكم استيفاء القصاص، وأما الحدود فتكون بالإمام أو نائبه، وتجوز المعاوضة في القصاص بخلاف الحدود إلا القذف عند الشافعية، ولا يصح الرجوع عن الإقرار في القصاص ويصح في الحدود.

شروط القصاص

في القاتل والمقتول ونفس القتل وولي القتيل.

أما **القاتل** فيشترط فيه أربعة شروط وهي:

أن يكون مكلفاً (بالغاً عاقلاً) متعمداً القتل (قاصداً إزهاق روح المجني عليه) وكون تعمد القتل محضاً (لا شبهة في عدم إرادة القتل) وأن يكون مختاراً، فلا قصاص ولا حد على الصبي أو المجنون، ويقتص من السكران اتفاقاً، ولا قصاص على المخطئ للحديث المتقدم: «العمد قود» أي موجب القود وهو القصاص، ولا قصاص في تكرار الضرب بما لا يقتل عادة، وإنما يقصد التأديب والتهذيب، ولا قصاص على المستكره على القتل عند الحنفية، وعليه عند الجمهور مع المكرِه القصاص كما تقدم.

وأما **المقتول**: فيشترط فيه ثلاثة شروط وهي:

أن يكون معصوم (محقون) الدم، أي يحرم الاعتداء على حياته، وألا يكون جزء القاتل (عدم وجود رابطة الأبوة والبنوة) وأن يكون المقتول مكافئاً للقاتل في الإسلام والحرية عند الجمهور غير الحنفية.

- فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي، ولا بالمرتد، ولا بالزاني المحصن، ولا بالزنديق، ولا بالباغي، وقد عرفنا أن العصمة عند الحنفية بالإسلام والإقامة في دار الإسلام، وعند الجمهور بالإيمان (الإسلام) أو الأمان بعقد الذمة أو الهدنة.

- ولا قصاص على الأب أو الجد أو الأم أو الجدة بقتل الولد أو ولد الولد وإن سفل، لقوله ﷺ: «لا يقاد الوالد بالولد»[١].

- ولا يقتل قصاصاً مسلم بكافر، ولا حر بعبد، لقوله ﷺ: «لا يقتل مسلم بكافر»[٢] وحديث «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل مؤمن بكافر»[٣] وحديث «لا يقتل حر بعبد»[٤].

ويقتل المسلم بالكافر عند الحنفية، لعموم آيات القصاص: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ وعموم حديث: «العمد قَوَد» وصونا لحق الحياة.

ولا يقتل الباغي بالعدل وعلى العكس عند الجمهور، لأن كلاً منهم غير معصوم الدم في زعم الآخر. ويقتل أحدهما بالآخر إذا تم الاعتداء في غير حال القتال الدائر، لأن المقتول معصوم الدم مطلقاً، والصحيح عندهم أنه لا يتحتم قتل الباغي ويجوز العفو عنه، لقول علي رضي الله عنه، بعد أن جرحه ابن ملجم قبل استشهاده: «أطعموه واسقوه واحبسوه، فإن عشت فأنا ولي دمه: أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به».

وقتل الغيلة (القتل لأخذ المال) خفية أو ظاهراً على وجه يتعذر فيه الغوث كبقية أنواع القتل عند الجمهور (غير المالكية) في القصاص والعفو عنه، واشتراط التكافؤ بين القاتل والمقتول، وقال المالكية: يقتل هذا القاتل بسبب الفساد والحرابة، لا قصاصاً.

---

(١) رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه عن عمر رضي الله عنه.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن علي رضي الله عنه.

(٤) رواه الدارقطني والبيهقي عن ابن عباس مرفوعاً.

شرط القتل

عند الحنفية أن يكون مباشرة لا تسبباً، فإن كان تسبباً ففيه الدية، كوقوع إنسان في حفرة في الطريق، على الحافر الدية.

ولم يشترط الجمهور هذا الشرط، فيجب القصاص في حال المباشرة وحال التسبب على السواء، سواء كان السبب حسياً كالإكراه، أو شرعياً كشهادة الزور، أو عرفياً كالتسميم لغير المميز أو المجنون.

واختلفوا في تسميم المميز والبالغ، فقال الحنابلة: يقتص من الفاعل، وقال الحنفية والشافعية: لا يقتص منه، وإنما عليه الدية (دية شبه العمد) وقال المالكية: يقتص من الاثنين جميعاً.

واختلفوا أيضاً في حال اشتراك الفاعل والشريك، والمعين، ولم يباشر هذان القتل، فقال الجمهور: على الفاعل التعزير، وقال المالكية: عليه القصاص.

شرط ولي القتيل

هو صاحب الحق في القصاص، يشترط فيه عند الحنفية: أن يكون معلوماً، فإن كان مجهولاً، لم يجب القصاص، خلافاً لبقية المذاهب.

موانع القصاص

يمتنع القصاص في ستة أحوال وهي:

- حالة الأبوة عند الجمهور خلافاً للمالكية الذين أجازوا القصاص إذا ثبتت إرادة القتل ثبوتاً قاطعاً، أما الزوجية: فلا تمنع القصاص اتفاقاً.

- وعدم التكافؤ بين الجاني والمجني عليه في الإسلام والحرية عند الجمهور خلافاً للحنفية.

- والاشتراك أو الاتفاق الجنائي: فلا قصاص عند الجمهور على الشريك

والمحرض والمعين وكل من لم يباشر القتل، وإنما يعزر، خلافاً للمالكية الذين أوجبوا القصاص على الجميع.

- والقتل بالتسبب عند الحنفية دون غيرهم.

-وأن يكون ولي القتيل مجهولاً في رأي الحنفية دون غيرهم.

- وأن يكون القتل في دار الحرب عند الحنفية دون غيرهم.

موجَب القتل العمد

موجَب القتل العمد عند الجمهور: القود (القصاص) عيناً، فلو عفا ولي الدم عن القصاص مطلقاً (أي دون مطالبة بالدية) لا يلزم الجاني بالدية جبراً عنه، وإنما هو مخير في دفعها مقابل العفو، لكن الشافعية قالوا: تكون الدية بدلاً عن القصاص حال العفو أو موت الجاني باختيار ولي الدم.

ويرى الحنابلة: أنه ليس القصاص واجباً عيناً، وإنما الواجب بقتل العمد أحد شيئين: القصاص أو الدية، وللولي خيار التعيين، فلو عفا الولي عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية، وجبت الدية، لأن الواجب غير معين، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَـٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨/٢] فالله أوجب الاتباع بمجرد العفو، وعن أبي هريرة مرفوعاً: «من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يُودي، وإما أن يقاد»[١] أي إما أن يأخذ الدية، وإما أن يطلب القصاص، كما ذكر الشافعية.

صاحب الحق في القصاص

هو في رأي الحنفية والحنابلة والشافعية: كل وارث يرث المال، فرضاً أو تعصيباً.

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وفي رأي المالكية: هو العاصب الذكر، يقدم الأقرب فالأقرب من العصبات في الإرث، إلا الجد والإخوة، فلا دخل في القصاص للبنات والأخوات والزوجات والزوج، لأن القصاص لرفع العار، فاختص بالعصبات كولاية الزواج.

وللفقهاء رأيان إذا تعدد الورثة:

ذهب أبو حنيفة ومالك: إلى أن القصاص يثبت لكل وارث على سبيل الاستقلال والكمال، لأنه حق مبتدأ لهم بوفاة القتيل، لتحقيق رغبة التشفي.

وذهب الشافعية والحنابلة والصاحبان: إلى أن حق القصاص يثبت لكل وارث على سبيل الشركة، لأن أصل الحق للمقتول، ويقوم الورثة مقامه فيه، فيشتركون فيه كالاشتراك في إرث المال.

يترتب على هذا الخلاف: أنه على الرأي الأول: لا ينتظر بلوغ الصغير، ولا إفاقة المجنون، لكن ينتظر الغائب لاحتمال عفوه.

وعلى الرأي الثاني: ينتظر بلوغ الصغير، وإفاقة المجنون، وعودة الغائب، ولا يستقل الكبير أو الحاضر باستيفاء القصاص.

وإذا لم يكن للمقتول وارث، ثبت الحق للسلطان، للحديث النبوي: «السلطان ولي من لا ولي له»[١].

أداة القصاص

- يرى الحنفية والحنابلة: أن القصاص لا يكون إلا بالسيف، لقول النبي ﷺ: «لا قَوَد إلا بالسيف»[٢].

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وحسنه وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) رواه البيهقي في السنن عن البراء بن عازب، وفي إسناده مجهول.

- ويرى المالكية والشافعية: أن القاتل يقتل بمثل الفعل الذي ارتكبه، لكن إن عدل إلى السيف، جاز، بل هو أولى خروجاً من الخلاف، ويتعين السيف في القتل بسحر أو خمر أو فعل قوم لوط، أو طال تعذيب الجاني بمثل فعله أو ثبت القصاص بالقسامة.

ودليل هؤلاء قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ [النحل: ١٦/١٢٦] وقوله سبحانه: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/١٩٤]، ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/٤٠].

وقوله ﷺ: «من حرَّق حرقناه، ومن غرَّق غرقناه» وثبت أن النبي ﷺ: «رضّ رأس يهودي بين حجرين، كان قد قتل بهما جارية من الأنصار»[١].

ويجوز استعمال أداة أخرى غير السيف من الوسائل الحديثة إذا كانت أيسر وأسرع لتفادي الألم والعذاب كالمقصلة والشنق والكرسي الكهربائي، والغاز، والتخدير بإيقاف القلب.

وعلى الرغم من كون استيفاء القصاص بالإمام أو نائبه، مستعيناً بالجلاد، يجوز للحاكم تسليم السيف لولي الدم لاستيفاء القصاص، إذا كان يحسن ذلك دون عبث.

مسقطات القصاص

يسقط القصاص بأحد أربعة أسباب هي: موت الجاني، والعفو من ولي الدم، والصلح، وإرث القصاص.

١- **فإذا مات الجاني** سقط القصاص، لفوات محله، ولا ينتقل عند الحنفية والمالكية إلى الدية، لتؤخذ من تركة الجاني، لأن القصاص وجب عينه، ويبقى الخيار عند الحنابلة لولي الدم في أخذ الدية.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

وعلى الرغم من أن القصاص واجب عيناً عند الشافعية تكون الدية بدلاً عن القصاص عند سقوطه بالعفو أو غيره كموت الجاني، باختيار ولي الدم لا برضا الجاني، كما ذكر الحنابلة.

٢- **وإذا عفا ولي الدم**، سقط القصاص بحسب الخلاف السابق، والعفو بالاتفاق أفضل من استيفاء القصاص، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ٢/١٧٨] وقوله سبحانه: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] وقوله عز وجل: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢/٢٣٧].

ولقوله ﷺ: «ما من رجل يصاب بشيء في جسده، فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة، وحط به عنه خطيئة»[١] وقوله: «ما عفا رجل عن مظلمة إلا زاده الله بها عزاً»[٢]. وقال أنس: «ما رُفع إلى رسول الله ﷺ أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو»[٣].

والفرق بين العفو والصلح

هو في رأي الحنفية والمالكية: إسقاط القصاص مجاناً حال العفو، وأما التنازل بمقابل عن القصاص فهو صلح، لا عفو، وفي رأي الشافعية والحنابلة أثر العفو هو: التنازل عن القصاص مجاناً أو إلى الدية.

ويشترط في العفو شرطان: أن يكون العافي بالغاً عاقلاً، وأن يصدر العفو من صاحب الحق، وهو عند الجمهور: الورثة رجالاً ونساء، وعند المالكية: العاصب الذكر، فلا يصح عفو الصبي والمجنون، ولا الأجنبي غير الوارث عند الجمهور، وغير العاصب عند المالكية.

(١) رواه ابن ماجه، والترمذي وقال عنه: هذا حديث غريب.

(٢) رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه.

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي، وإسناده لا بأس به.

وللعفو أحكام أهمها أربعة هي:

أولاً- إسقاط القصاص مجاناً عند الحنفية والمالكية، وللولي عند الشافعية والحنابلة الخيار: إن عفا عن القصاص سقط، وإن عفا على الدية، وجبت على الجاني ولو بغير رضاه، فإن أطلق العفو ولم يتعرض للدية، فلا دية عند الشافعية، لأن القتل يوجب القود عيناً، ولم يوجب الدية، وتجب الدية عند الحنابلة، لانصراف العفو إلى القود فقط، ويجب المال لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ وذلك باختيار ولي الدم عند الشافعية والحنابلة.

ثانياً - يترتب على العفو سقوط القصاص عن القاتل، فإن كان ولي الدم واحداً فلا إشكال في ذلك، وإن تعدد الأولياء، فعفا أحدهم، سقط القصاص أيضاً، لأن القصاص لا يتجزأ.

ثالثاً- على الرغم من سقوط القصاص بالعفو يبقى في رأي الحنفية والمالكية حق السلطان في العقاب تعزيراً، لوجود حقين في القصاص: حق الله وحق المجني عليه وحدد المالكية نوع التعزير وهو جلد مئة وسجن سنة. ولا يلزم التعزير عند الشافعية والحنابلة، لكن رجح الماوردي الشافعي وأبو يعلى الحنبلي بقاء حق السلطنة للتقويم والتهذيب.

رابعاً - إذا عفا المقتول عمداً عن دمه قبل موته سقط القصاص عن القاتل عند الجمهور، ويظل عند المالكية للولي حق القصاص، لأن القتيل أسقط حقاً قبل وجوبه.

٣- ويصح الصلح على القصاص بالاتفاق، ويسقط القصاص، ويختص الصلح بالإسقاط بمقابل، أما العفو فقد يقع بمقابل مالي أو مجاناً كما تقدم. لكن إن وقع العفو عن القصاص على الدية، يسمى عند الحنفية والمالكية صلحاً، وعند الشافعية والحنابلة عفواً بمقابل.

٤- يسقط القصاص إذا كان ولي الدم هو وارث الحق في القصاص، وذلك في صورتين:

الأولى - أن يكون لقاتل أبيه أخ فيموت الأخ ولا وارث له سوى أخيه القاتل فيصبح القاتل وارث دم نفسه من أخيه، فيسقط القصاص.

الثانية- أن يقتل أحد الوالدين الآخر، ولهما ولد، فيسقط القصاص، لأن الولد هو صاحب الحق في القصاص، ولا يجب للولد قصاص على والده.

العقوبة الثانية للقتل العمد (عند الشافعية): الكفارة

قياساً للقتل العمد على القتل الخطأ الذي ورد النص القرآني بإيجاب الكفارة فيه في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٤/٩٢] لأن الكفارة المشروعة لمحو الذنب والإثم أولى في العمد من الخطأ، بدليل خبر واثلة بن الأسقع قال: «أتينا النبي ﷺ في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال: أعتقوا عنه رقبة، يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار»[1].

وكفارة القتل مثل كفارة الظهار في الترتيب: عتق رقبة أولاً، ثم صيام شهرين متتابعين بنص الآية، أما الإطعام عند العجز عن الصوم فلم ينص عليه في كفارة القتل الخطأ، فيقاس على الواجب في كفارة الظهار، والقياس في الكفارات جائز عند المالكية والشافعية، خلافاً للحنفية والحنابلة، مثل قياس انتهاك حرمة شهر رمضان بالأكل أو الشرب قياساً على الجماع.

ولم يوجب الجمهور الكفارة في القتل العمد، لأنه لا قياس في الكفارات، لأنها مقدرات شرعية للتعبد، فيقتصر فيها على محل ورودها. لكن قال المالكية: تستحب الكفارة في قتل الجنين، مع وجوب دية الجنين، لأن الاعتداء على الجنين متردد بين العمد والخطأ.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان وصححه.

العقوبة البدلية في القتل العمد

إذا سقط القصاص بالعفو أو بموت الجاني أو بغيرهما، وجبت عقوبتان أخريان وهما:

١- **الدية** التي هي بدل حتمي عن القصاص في رأي الحنابلة، أو إذا عفي إليها في رأي الشافعية، وبرضا الجاني عند الحنفية والمالكية.

٢- **التعزير** الذي هو بدل حتمي أيضاً عند المالكية، وباختيار الحاكم عند الجمهور.

العقوبة التبعية للقتل العمد

هي الحرمان من الإرث والوصية، لقوله ﷺ: «ليس لقاتل ميراث»[١] أو «لا يرث القاتل شيئاً». وقوله أيضاً: «ليس لقاتل وصية»[٢]. فإذا قتل الوارث مورثه، أو الموصى له الموصي، حرم من الميراث والوصية، سداً للذرائع حتى لا يطمع أحد بمال مورثه أو الموصي، فيتعجل موته بالقتل.

واختلف الفقهاء في **نوع القتل** المانع من الميراث أو الوصية:

ففي الحرمان من الميراث قال الجمهور: القتل العدوان بغير حق، الصادر من البالغ العاقل، عمداً أو خطأ: مانع من الميراث.

لكن اشترط الحنفية أن يكون القتل مباشرة لا تسبباً، ولم يفرق الشافعية والحنابلة بينهما، فكلاهما مانع من الإرث.

فإن كان **القتل بحق** كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفاعاً عن النفس، أو قتل العادل الباغي، والقتل الحادث أثناء التأديب كضرب الأب والزوج والمعلم، فلا يمنع الإرث عند الحنفية والحنابلة، ويمنع الميراث عند الشافعية. وكذلك القتل بالإكراه يمنع الميراث في رأي الشافعية والحنابلة.

---

(١) رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه عن عمر رضي الله عنه.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي عن علي رضي الله عنه، لكن فيه راو متروك يضع الحديث.

والقتل الحادث من الصبي والمجنون والنائم يمنع الميراث عند الشافعية والحنابلة، لأنه قتل بالتسبب، ولا يمنع الميراث عند الحنفية.

وذهب المالكية إلى أن القتل العمد، وشبه العمد عند غيرهم: هو المانع فقط من الميراث، سواء كان مباشرة أو تسبباً، وأما القتل الخطأ فلا يحرم الإرث.

وفي الحرمان من الوصية: القتل المانع من الوصية عند الحنفية، هو القتل المانع من الإرث، وهو أن يكون حاصلاً من بالغ عاقل، مباشرة لا تسبباً، وعدواناً (بغير حق) عمداً أو خطأ.

ويرى المالكية: أن القتل العمد ومثله شبه العمد عند غيرهم: مانع من الوصية، إن لم يعلم الموصي بأن الموصى له ضربه. فإن علم صحت الوصية. ولا يكون القتل الخطأ مانعاً من الوصية عندهم كما لا يمنع الميراث.

وقرر الحنابلة أن القتل بغير حق، سواء كان عمداً أو خطأ، يبطل الوصية، لأنه يمنع الميراث، وهو آكد منها.

وجميع أنواع القتل لا تمنع الوصية في رأي الشافعية، لأن الوصية تمليك بعقد، فأشبهت عقد الهبة، وخالفت الإرث.

النوع الثاني - القتل شبه العمد وعقوبته

هو في رأي الجمهور نوع ثانٍ من القتل بعد القتل العمد، ومعناه عند أبي حنيفة: أن يتعمد الجاني الضرب بما ليس بسلاح أو بما في حكمه، كالقتل بالمثقل من عصا أو حجر أو خشب كبير.

وعند الصاحبين والشافعية والحنابلة: القتل بالمثقل عمد، وأما شبه العمد فهو أن يتعمد الجاني الضرب بما لا يقتل غالباً كالحجر والخشب الصغير والعصا الصغيرة.

وليس عند المالكية قتل شبه عمد، وإنما هو في حكم العمد إلا في حالة قتل الأب ابنه هو شبه عمد عندهم.

وعقوباته ثلاثة: أصلية، وبدلية، وتبعية.

أما العقوبة الأصلية لشبه العمد فاثنتان: الدية والكفارة.

العقوبة الأصلية الأولى لشبه العمد (الدية)

هي الدية المغلظة على العاقلة لقوله ﷺ: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد، ما كان بالسوط والعصا: مئة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها» وهو رأي المالكية والشافعية.

والفرق بينها وبين دية العمد: أن دية العمد تجب على الجاني في ماله معجلة، ودية شبه العمد تجب على العاقلة مؤجلة في مدة ثلاث سنين.

ويرى الإمام مالك أن شبه العمد كالعمد، إلا في حالة قتل الأب ابنه فيما إذا حذفه بسيف أو عصا، فقتله، فيه دية شبه عمد: مغلظة مثلثة، مؤجلة كدية الخطأ.

والملزم بأداء دية شبه العمد في رأي الجمهور هو العاقلة، للتعاون والتخفيف، لا في مال الجاني.

وهذا مقصور عند المالكية على حالة قتل الأب ابنه، كما تقدم، وغير ذلك تكون دية شبه العمد كالعمد في مال القاتل.

ودليل الجمهور حديث أبي هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى أن دية جنينها غُرّة[١]: عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها»[٢].

---

(١) الغرة لغة: البياض في وجه الفرس، وهو كناية عن الجسم كله.

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين.

طريق تحمل العاقلة الدية

للفقهاء اتجاهان في طريق تحمل العاقلة الدية:

- يرى الجمهور: أن الدية تجب ابتداء على القاتل، لوجود سبب الوجوب منه، لا من العاقلة، ويتحمل القاتل جزءاً من الدية مع العاقلة، لأنه هو المطالب أصالة بتحمل جريرة فعله، والعاقلة تابع له.

فإذا لم يكن للجاني عاقلة، يرجع بالدية كلها عليه، وذلك عند الشافعية إذا لم يتحملها بيت المال عن المسلم أو إذا لم يوجد ديوان عند الحنفية والمالكية ثم بيت المال.

- ويرى الحنابلة: أن الدية تجب على العاقلة ابتداء، لأنه لا يطالب بها غيرهم، ولا يتحمل القاتل عندهم جزءاً من الدية، لأن الدية تلزم العاقلة ابتداء، فإذا لم توجد عاقلة أو عجزت، وكان الجاني مسلماً أخذت الدية من بيت المال دفعة واحدة كما ذكر الشافعية.

وقت أداء الدية

تؤدى هذه الدية مثل دية العمد مؤجلة في مدى ثلاث سنين، في آخر كل سنة ثلثها، اتباعاً لفعل النبي ﷺ، وحكاية عن عمر وعلي رضي الله عنهما.

وبدء السنة عند الحنفية والمالكية من يوم الحكم الصادر بها، ومن وقت وجوب الدية عند الشافعية والحنابلة، ووجوب دية النفس من حين الموت، ودية غير النفس من حين الجناية.

مقدار ما تتحمله العاقلة

للعلماء ثلاثة آراء في هذا:

- يرى الحنفية أن العاقلة لا تتحمل ما دون نصف عشر الدية، وهو خمس من الإبل أرش الموضحة في الجناية على ما دون النفس، وأما بدل النفس فتتحمله

العاقلة وإن قل، لثبوته بالنص. وما دون النفس على الجاني، لقول الشعبي: لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة.

ولا يؤخذ في كل سنة من كل فرد إلا درهم أو درهم وثلث، فيكون مجموع السنوات الثلاث ثلاثة أو أربعة دراهم.

- وذهب المالكية والحنابلة: إلى أن العاقلة لا تحمل ما دون ثلث الدية، عملاً بفعل عمر رضي الله عنه. ويتحمل كل فرد من العاقلة على قدر ما يطيق، بحسب اجتهاد الحاكم. وأقل عدد عند المالكية سبع مئة.

- وقرر الشافعية: أن العاقلة تتحمل جميع الدية، قلت أو كثرت، على الغني نصف دينار ذهب، وعلى المتوسط ربع دينار، كل سنة من السنوات الثلاث، فيصبح المجموع على الغني ديناراً ونصفاً، وعلى المتوسط نصف دينار وربعاً.

تحمل العاقلة خطأ الحاكم

ذهب الجمهور إلى أن العاقلة تتحمل خطأ الحاكم، للقصة السابقة عن عمر أخذاً برأي علي في تحمل قريش دية جنين امرأة.

وذهب الحنفية: إلى أن بيت المال يتحمل خطأ الحاكم، لأن الحاكم يمثل الأمة في أحكامه وأفعاله.

تحديد العاقلة

العاقلة: هي التي تتحمل العقل أي الدية، وسميت الدية عقلاً، لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكها. وللعلماء رأيان في تحديد العاقلة:

١- الحنفية والمالكية قالوا: العاقلة هم أهل الديوان وهم العسكر، إن كان القاتل من أهل الديوان. والديوان: الدفتر الذي يضبط فيه أسماء الجند وعددهم وعطاءاتهم وقدمهم.

فإن لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته: قبيلته وأقاربه العصبات: الأقرب فالأقرب، فيبدأ بالإخوة ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم، وإذا لم يكن للجاني عاقلة كاللقيط الحربي أو الذمي الذي أسلم، فعاقلته بيت المال عندهم.

٢- والشافعية والحنابلة قالوا: العاقلة: قرابة القاتل من قبل الأب أي العصبات كالإخوة والأعمام دون أهل الديوان، لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى في المرأة بديتها على عصبة القاتل[١].

ويدخل في رأي المالكية والحنابلة الآباء والأبناء خلافاً للحنفية والشافعية الذين استثنوا الأصول والفروع من العاقلة.

ومن لم تكن له عاقلة، تؤدي الدية من بيت المال اتفاقاً، لقوله ﷺ: «أنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه»[٢].

فإن فقد بيت المال فالواجب في رأي المالكية والشافعية والحنفية على الجاني، وهو أحد العاقلة، لأن الدية عندهم تلزمه ابتداء، وليس عليه شيء عند الحنابلة، كما أنه ليس واحداً من العاقلة عندهم، لأن الدية عندهم لزمت العاقلة ابتداء.

مصير نظام العواقل في عصرنا

لم يعد نظام الديوان ولا بيت المال موجوداً في الوقت الحاضر، ولا يوجد نظام العاقلة القائم على النصرة بين أفراد القبيلة أو العشيرة في أغلب البلاد، فأصبح الجاني في ماله وحده هو المتحمل للدية، وهو ما نص عليه متأخرو الحنفية، لأنه هو المباشر للجناية أو المتسبب بها، وقد قرر الفقهاء كلهم وجوب الدية على الجاني إذا لم توجد له عاقلة ولم يوجد بيت المال.

العقوبة الأصلية الثانية لشبه العمد (الكفارة)

يجب في القتل شبه العمد عند الشافعية والحنابلة كفارة، لأنه ملحق بالخطأ المحض في عدم القصاص وتحمل العاقلة الدية وتأجيلها ثلاث سنوات.

والكفارة هي بحسب النص القرآني في القتل الخطأ: عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجدها أو لم يجد ثمنها، وجب عليه صيام شهرين متتابعين.

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

(٢) رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان.

وليس عند المالكية والحنفية كفارة لشبه العمد كالعمد.

العقوبة البدلية في شبه العمد

إذا سقطت الدية لسبب ما وجب على الحاكم **التعزير للقاتل** بما يراه مناسباً، والخيار للحاكم في التعزير عند الجمهور.

العقوبة التبعية في شبه العمد

للقاتل شبه العمد عقوبتان عدا الدية وهما **الحرمان من الميراث، والحرمان من الوصية** على النحو المبين في جزاء القتل العمد.

النوع الثالث - القتل الخطأ وعقوبته

تعريف القتل الخطأ

هو ألا يقصد به الضرب ولا القتل، كما لو سقط شخص على غيره، فقتله، أو رمى صيداً فأصاب إنساناً، وهو نوع واحد عند الجمهور، ونوعان عند الحنفية، لأنهم يعتبرون حالة سقوط النائم على غيره مما جرى مجرى الخطأ.

عقوبته

١- أصلية: وهي الدية والكفارة.

٢- وتبعية: وهي الحرمان من الميراث والوصية.

وهما عند الحنفية عقوبتا شبه الخطأ أيضاً، والقتل بالتسبب عند الحنفية كحافر البئر في الطريق العام له عقوبة واحدة: هي الدية على العاقلة، وليس فيه كفارة ولا حرمان من الميراث والوصية. وعند الجمهور كالقتل الخطأ.

وكفارة القتل الخطأ والدية نص عليهما في آية واحدة: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٤/٩٢].

ولا تعزير في الخطأ بالاتفاق.

وكفارة القتل الخطأ على القاتل وحده، لأنها عبادة. وتجب إذا لم يكن المقتول ذمياً ولا عبداً. وتجب عند الجمهور (غير المالكية) بقتل الذمي أيضاً.

الدية وأحكامها

تعريفها ومشروعيتها، وشروط إيجابها، ونوعها ومقدارها، وتغليظها وتخفيفها، وقت أدائها، الملزم بها، متى تجب كاملة، مدى تساوي الناس في مقدارها.

تعريف الدية ومشروعيتها

الدية في **الشرع**: المال الواجب بالجناية على النفس أو ما في حكمها.

والأرش: المال الواجب المقدر شرعاً بالاعتداء على ما دون النفس، كأحد الأعضاء.

وحكومة العدل: الأرش غير المقدر، بالاعتداء على ما دون النفس من جرح أو تعطيل وغيرهما، ويترك تقديره للحاكم بمعرفة الخبراء العدول.

وهي مشروعة لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٤/٩٢]. وهذه الآية وإن وردت في القتل الخطأ، فالدية مشروعة أيضاً بالإجماع في القتل العمد، إذا سقط القصاص بأحد المسقطات.

وأرشدت السنة النبوية في حديث عمرو بن حزم إلى مقادير الديات، جاء فيه: «من اعتبط[١] مؤمناً قتلاً عن بينة فإنه قود[٢]، إلا أن يرضى أولياء المقتول، وإن في النفس الدية مئة من الإبل..»[٣].

---

(١) قتل بغير حق.

(٢) من ثبتت عليه البينة بالقتل وجب عليه القود أي القصاص إلا إذا رضي أولياء المقتول بالدية أو عفواً.

(٣) رواه النسائي ومالك وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقي موصولاً، وهو مشهور أشبه بالمتواتر.

شروط إيجاب الدية

يشترط لوجوب الدية عند الحنفية شرطان:

١- العصمة: أن يكون القتيل معصوماً (مصون الدم). فلا دية بقتل الحربي والباغي لفقد العصمة، وهو شرط متفق عليه، لكن الباغي عند الشافعية معصوم الدم في غير حال القتال (أوالحرب).

٢- التقوم: أن يكون المقتول متقوماً، والتقوم عند الحنفية بالوجود في دار الإسلام، وعند الجمهور بالإسلام، فلا دية عند الحنفية للحربي إذا أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا، وكان قاتله مسلماً أو ذمياً خطأ. وله الدية عند الجمهور لانطباق الآية المتقدمة عليه: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾ وليس له الدية عند الحنفية استدلالاً بتمام الآية: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ أوجب الله تعالى له الكفارة فقط، وهي عتق رقبة، فلا يدخل تحت صدر الآية الذي احتج به الجمهور.

ضمان الدية حال التأديب

للعلماء رأيان فيمن مات أثناء التأديب المشروع، من السلطان، أو الأب، أو ولي اليتيم أو وصيه، أو الزوج بسبب نشوز الزوجة، أو تركها الصلاة مثلاً، أو المعلم بضرب التلميذ.

١- ذهب أبو حنيفة والشافعي: إلى وجوب ضمان الدية، لأن المقصود هو التأديب والزجر، لا الهلاك، فإذا أدى التأديب إلى التلف، تبين أنه تجاوز الحد المشروع له، والتأديب مقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق.

٢- وذهب الصاحبان والمالكية والحنابلة: إلى عدم وجوب الضمان في هذه الحالات، ما لم يوجد إسراف أو زيادة عن المقصود أو تجاوز المعتاد، لأن التأديب فعل مشروع للزجر والردع، فلا يضمن التالف به، مثل تطبيق الحدود والتعازير، لأن «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

نوع الدية ومقدارها

للفقهاء ثلاثة آراء في ذلك:

١- يرى أبو حنيفة ومالك: أن الدية تجب في واحد من ثلاثة أنواع: الإبل، والذهب والفضة، عملاً بكتاب عمرو بن حزم في الديات المتقدم: «وإن في النفس الدية مئة من الإبل، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورِق اثنا عشر ألف درهم» أي على أهل الفضة (١٢٠٠٠ درهم).

٢- ويرى الصاحبان وأحمد: أن الدية تجب في ستة أنواع: الإبل، والذهب، والفضة، والبقر، والغنم، والحُلل، عملاً بفعل عمر حيث قام خطيباً فقال: «ألا إن الإبل قد غلت، قال الراوي: فقوَّم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورِق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مئتي بقرة، وعلى أهل الشاء ألفي شاة، وعلى أهل الحُلل مئتي حلة»[1].

٣- وذهب الشافعي في الجديد: إلى أن الواجب الأصلي في الدية هو مئة من الإبل إن وجدت.

فإن لم توجد، أو وجدت بأكثر من ثمن مثلها، فالواجب تقدير قيمة الإبل بنقد البلد الغالب، عملاً بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «كانت قيمة الدية على عهد الرسول ﷺ ثمان مئة دينار، أو ثمانية آلاف درهم»، كان ذلك كذلك، حتى استخلف عمر رضي الله عنه، فقام عمر خطيباً فقال: «ألا إن الإبل قد غلت..» إلخ الأثر السابق.

والاختلاف في المقدار بسبب اختلاف سعر الصرف، فعند الحنفية: الدينار

---

(١) رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه البيهقي وابن أبي شيبة في مصنفه عن عبيدة السلماني، لكن في روايته: «وعلى أهل الحلل مئة حلة».

عشرة دراهم، عملاً برواية عبيدة السلماني: «.. وأن عمر فرض على أهل الذهب في الدية ألف دينار، ومن الورِق عشرة آلاف درهم».

وعند الجمهور: الدينار: اثنا عشر درهم، عملاً بتقدير عمر السابق: «وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً» ولأن رجلاً من بني عدي قتل، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً[١].

تغليظ الدية وتخفيفها

الدية إما مغلّظة وإما مخففة، ولا تتغلظ إلا في حال كونها من الإبل، عملاً بما ورد به الشرع.

وتتغلظ في القتل العمد وفي شبه العمد في رأي الجمهور، وعند المالكية: تتغلظ في القتل العمد إذا قبلها ولي الدم بدلاً عن القصاص، وفي حالة قتل الوالد ولده.

وإذا غلظت تجب مثلثة عند المالكية والشافعية ومحمد بن الحسن: ثلاثون حقة، وثلاثون جذَعة، وأربعون خلِفة، أي حاملاً، لخبر الترمذي المتقدم.

وتجب مربعة (أرباعاً) عند جمهور الحنفية، والحنابلة: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة[٢].

والدية المخففة في القتل الخطأ ونحوه، تجب مخمسة (أخماساً) اتفاقاً، وهي عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، في رأي الحنفية والحنابلة، لحديث ابن مسعود قال: قال

---

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) بنت المخاض: هي التي طعنت في السنة الثانية، وبنت اللبون في الثالثة، والحقة في الرابعة، والجذعة في الخامسة.

رسول الله ﷺ: «في دية الخطأ: عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بني مخاض»(١).

وجعل المالكية والشافعية مكان «بني المخاض»: بني اللبون، لرواية الدارقطني وسعيد بن منصور في سننهما عن النخعي عن ابن مسعود: «عشرون بني لبون».

وتغلظ الدية عند الشافعية والحنابلة في القتل الخطأ في حالات ثلاث هي:

١- إذا حدث القتل في حرم مكة، تحقيقاً للأمن.

٢- أو حدث في الأشهر الحرم (ذو القعدة، وذو الحجة والمحرم ورجب).

٣- أو قتل القاتل قريباً له ذا رحم محرم كالأم والأخت.

والخلاصة: دية العمد: تغلظ بتخصيصها بالجاني وتعجيلها عليه (حالّة) وتربيعها عند الحنفية والحنابلة، وتثليثها في رأي المالكية والشافعية.

ودية شبه العمد: تغلظ من ناحية واحدة وهي التربيع في رأي والتثليث في رأي آخر، وتخفف من ناحيتين: فرض الدية على العاقلة، والتأجيل بثلاث سنين.

ودية الخطأ: تخفف من نواح ثلاث: إلزام العاقلة بها، والتأجيل ثلاث سنين، وتخميسها.

وقت أداء الدية

- يرى الحنفية: أن دية العمد، وشبه العمد، والخطأ مؤجلة في ثلاث سنين، عملاً بفعل عمر رضي الله عنه، والعامد يكفيه التغليظ بإيجاب الدية في ماله.

- وذهب الجمهور: إلى أن دية العمد تجب معجلة (حالّة) في ماله، ولا تؤجل عليه، لأنها بدل عن القصاص حالّ الأداء، فبدله وهو الدية حالّ مثله.

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والبزار والبيهقي.

واتفق الكل على تأجيل دية الخطأ في مدة ثلاث سنوات، تخفيفاً عن العاقلة، عملاً بفعل عمر وعلي وموافقة الصحابة رضي الله عنهم.

واتفقوا أيضاً على تأجيل دية شبه العمد لثلاث سنين، في كل سنة ثلثها.

الملزم بأداء الدية

اتفق الفقهاء على أن دية القتل العمد واجبة على القاتل في ماله وحده، ولا تحملها العاقلة، لأن المسؤولية الشخصية أو الفردية هي الأصل في الإسلام، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ٦/ ١٦٤]وقوله ﷺ: «لا يجني جان إلا على نفسه»[١].

وورد في السنة النبوية: «لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً»[٢].

ودية شبه العمد والخطأ على العاقلة بالاتفاق، لكن المالكية يجعلون دية شبه العمد مع العمد.

ودية القتل العمد من الصبي والمجنون على عاقلته في رأي الجمهور، لأن «عمد الصبي وخطأه سواء».

ويوافقهم الشافعية في حاله كون الصبي غير مميز، أما إن كان مميزاً، فالأظهر عندهم أن «عمد الصبي المميز عمد».

كمال الدية ونقصانها

للفقهاء في تعيين مقدار دية العمد حال العفو رأيان:

- يرى الحنفية والمالكية: أن دية العمد عند العفو عن القصاص غير محددة،

---

(١) رواه أحمد، والترمذي وصححه، وابن ماجه، عن عمرو بن الأحوص رضي الله عنه في حجة الوداع.

(٢) رواه البيهقي وأبو عبيد (القاسم بن سلاّم) عن الشعبي.

والواجب هو ما يتم التراضي عليه بين الجاني وولي الدم، فإن لم يتم تحديدها، كانت بحسب المقدار الشرعي وهو مئة من الإبل أو بدائلها.

- وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أن دية العمد بحسب المقدار المحدد شرعاً: مئة بعير، لحديث عمرو بن حزم في الديات: «في النفس مئة من الإبل».

والأصل العام تساوي الناس في الديات، لكن ذكر الشافعية أن الدية قد يعرض لها النقصان بأحد أربعة أسباب: الأنوثة، والرق، وقتل الجنين، والكفر. فالأول يردها إلى النصف، والثاني إلى قيمة كل شخص بحسبه، والثالث إلى الغرة، والرابع إلى الثلث فأقل.

أما **الأنوثة**: فاتفق الفقهاء إلا ما ندر على أن دية المرأة نصف دية الرجل، لقوله ﷺ مرفوعاً عن معاذ: «دية المرأة نصف دية الرجل»[١] وموقوفاً على علي: «عقل[٢] المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها»[٣].

ورويت آثار كثيرة عن الصحابة في ذلك، فوقع الإجماع بينهم على تنصيف دية المرأة.

وأما **الكفر**: فاختلف الفقهاء في تقدير دية غير المسلم على ثلاثة آراء:

١- يرى الحنفية: أن دية الذمي والمستأمن كدية المسلم، لتكافؤ الدماء، وعموم الآية الكريمة: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٤/ ٩٢]، ولأنه ﷺ: «جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»[٤].

٢- وذهب المالكية والحنابلة: إلى أن دية الكتابي المعاهد أو المستأمن نصف دية

(١) رواه البيهقي عن معاذ عن جبل مرفوعاً، وقال: إسناده لا يثبت مثله.

(٢) أي دية.

(٣) رواه البيهقي عن علي موقوفاً، وفيه انقطاع.

(٤) رواه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب.

المسلم، ونساؤهم نصف ديات نساء المسلمين، لقوله عليه الصلاة والسلام: «دية المعاهد نصف دية المسلم»[(١)].

٣- واتجه الشافعية: إلى أن دية اليهودي والنصراني والمعاهد والمستأمن ثلث دية المسلم، لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه ﷺ: «فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم»[(٢)] وقضى بذلك عمر وعثمان رضي الله عنهما.

واتفق الجمهور (غير الحنفية) على أن دية المجوسي والوثني المستأمن كعابد الشمس والقمر والزنديق ثمان مئة درهم، وأن نساءهم نصف دياتهم، عملاً بفعل بعض الصحابة كعمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم، وفعل بعض التابعين كسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، وعطاء وعكرمة والحسن وغيرهم[(٣)].

الجناية على ما دون النفس

هي كل اعتداء على جسد إنسان من قطع عضو أو جرح أو ضرب، مع بقاء النفس على قيد الحياة.

وهي في تقدير الحنفية والمالكية: إما عمد أو خطأ، وليس فيما دون النفس شبه عمد، لأنه ينظر إلى النتيجة، وهو: حدوث الإتلاف، والآلات تتساوى كلها في دلالتها على قصد الفعل.

وتصور الشافعية والحنابلة شبه العمد فيما دون النفس، كضرب رأس إنسان بلطمة أو بحجر صغير لا يشج غالباً، فيتورم الموضع إلى أن يتضح العظم.

وعملاً بالاتجاه الأول تكون عقوبة الجناية على ما دون النفس ما يأتي:

---

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه.

(٣) روى الشافعي والدارقطني عن سعيد بن المسيب قال: «كان عمر يجعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، والمجوسي ثمان مئة».

أولاً- عقوبة الجناية العمدية

الجناية العمدية على ما دون النفس إما بقطع الأطراف، وإما بتعطيل منافعها.

وعقوبتها: كلما أمكن القصاص فيها وجب، وكل ما لا يمكن القصاص فيه وجبت الدية أو الأرش.

وعقوبة قطع الأطراف: إما القصاص وإما الدية أو التعزير بدلاً عنه.

شروط تطبيق القصاص

إما عامة وهي عند الحنفية، أن يكون الجاني عاقلاً بالغاً، متعمداً، مختاراً، غير أصل للمجني عليه، وكون المجني عليه معصوماً ليس جزءاً للجاني ولا ملكه، وكون الجناية مباشرة لا تسبباً، وكون القصاص ممكناً بالمماثلة.

واشترط الجمهور كون المجني عليه مكافئاً للمجني، مباشرة أو تسبباً.

وتكون موانع القصاص على ما دون النفس مثلها في القصاص من النفس وهي الأبوة، وانعدام التكافؤ بين الجاني والمجني عليه فيما دون النفس، وذلك في حالتين عند الحنفية، وحالتين عند الجمهور، والحالتان عند الحنفية: الاختلاف في الجنس، وعدم التماثل العددي، فلا قصاص فيما دون النفس بين الرجل والمرأة، ولا قصاص إذا تعدد الجناة، وذلك خلافاً للجمهور فإنه يقتص بين الرجل والمرأة، وتقطع الأيدي الكثيرة باليد الواحدة، وحالتا انعدام التكافؤ عند الجمهور: الحرية والإسلام.

ومن موانع القصاص: كون الفعل تسبباً، وكون الجناية واقعة في دار الحرب في رأي الحنفية وتعذر استيفاء القصاص.

وعدم التماثل له أحوال ثلاثة وهي:

١- عدم التماثل في الفعل: فلا قصاص عند تعذر استيفاء القصاص لاحتمال الزيادة كالقطع من قصبة الأنف أو من نصف الساعد أو العضد أو الساق أو الفخذ، وإنما يكون القصاص من مفصل محدد.

٢- عدم التماثل في الموضع قدراً ومنفعة: فلا تقطع اليد بغير اليد، ولا اليمنى باليسرى، ولا الإبهام أو السبابة بغيرها لعدم التجانس، ولا تقلع السن إلا بمثلها، ولا الأعلى بالأسفل وعلى العكس، لاختلاف المنفعة.

٣- عدم التماثل في الصحة الكمال: فلا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء، ومثلها الرجل، ولا يؤخذ الكامل بالناقص كيد أو رجل كاملة بأخرى ناقصة الأصابع.

أداة القصاص وحكم سرايته

يستوفى القصاص فيما دون النفس بجرَّاح متخصص، يستخدم الموسى أو المبضع الجراحي ونحوهما.

والسراية بسبب القصاص هي: حدوث مضاعفات أو آثار تترتب على تطبيق العقوبة الشرعية، تؤدي إلى إتلاف عضو آخر، أو موت النفس، وللفقهاء في ضمان السراية رأيان:

١- ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا اقتص شخص من آخر لقطع يده، فقطع المجني عليه يد الجاني، فمات من القطع، ضمن الدية، لأنه استوفى غير حقه، لأن حقه القطع فقط، وكذلك يضمن أرش العضو أي ديته، إذا قطع شخص أصبعاً من يد رجل، فشلّت الكف، أو شلت أصبع أخرى جنبها، فعليه دية اليد.

ولو حدث الموت بسبب التأديب من الأب أو الوصي أو المعلم، يضمن المتسبب الدية.

٢- وذهب الجمهور والصاحبان إلى أنه لا ضمان على المقتص بسريان القصاص إلى النفس أو العضو أو المنفعة، لأن السراية حصلت من فعل مأذون

فيه، مثل بقية الحدود، ولأن عمر وعلياً رضي الله عنهما قالا: «من مات من حد أو قصاص، لادية له، الحق قتله»[1].

أما سراية الجناية بسبب الجاني فهي مضمونة بالاتفاق، لأنها أثر الجناية، وبما أن الجناية مضمونة، فكذلك أثرها. فإن سرت الجناية إلى النفس فمات المجني عليه، وجب القصاص.

لكن إن لطمه فذهب ضوء عينيه أو سمعه، لم يقتص منه عند الجمهور، لأن المماثلة غير ممكنة حينئذ، وقال الشافعية: يجب القصاص حينئذ بالسراية، لأن له محلاً مضبوطاً.. وإن قطع الجاني أصبعاً، فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل، وجب القصاص عند الصاحبين والحنابلة، ولا قصاص عند أكثر الفقهاء لعدم تحقق العمدية.

عقوبة أخرى عند المالكية: للجناية على ما دون النفس عقوبتان: أصلية وهي القصاص كما تقدم، وعقوبة أخرى هي التعزير بحسب اجتهاد الحاكم، في حالة العمد الذي فيه القصاص أو العمد الذي لا قصاص فيه.

العقوبة البدلية في قطع الأطراف (الدية والأرش)

إذا امتنع القصاص لسبب ما، وجبت الدية كاملة بإزالة جنس المنفعة كإتلاف اليدين، والأرش بإزالة بعض المنفعة كإتلاف يد واحد أو أصبع واحدة.

والأرش نوعان: مقدر (وهو ما حدد له الشرع نوعاً ومقداراً معلوماً، كأرش اليد والعين) وغير مقدر (وهو ما لم يقدر له الشرع مقداراً معيناً، ويترك تقديره للقاضي).

ما تجب فيه الدية كاملة

تجب الدية كاملة بدلاً عن القصاص في الجناية العمدية أو الخطأ، بإزالة جنس منفعة العضو، إما بقطعه وإما بتعطيل منفعته.

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه.

قطع العضو

القطع يكون بإبانة العضو، والأعضاء التي تجب فيها الدية أربعة أنواع: نوع لا نظير له في البدن، ونوع في البدن منه اثنان، ونوع في البدن منه أربعة، ونوع في البدن منه عشرة.

والنوع الأول - الذي لا نظير له في البدن، تسعة: الأنف، واللسان، والذكر أو الحشفة، والصُلب إذا انقطع المني، ومسلك البول، ومسلك الغائط، والجلد، وشعر الرأس، وشعر اللحية إذا لم ينبت.

والنوع الثاني - الذي في البدن منه اثنان، اثنا عشر: اليدان، والرجلان، والعينان، والأذنان، والشفتان، والحاجبان إذا ذهب شعرهما نهائياً ولم ينبت، والثديان، والحَلْمتان، والأنثيان (الخُصِيتان) والشُّفران، والأليتان، واللَّحيان. لحديث ابن المسيب: «في العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين الدية»[١] وفي كل واحد نصف الدية لحديث عمرو بن حزم: «وفي اليد خمسون»[٢].

والنوع الثالث - الذي في البدن منه أربعة، اثنان: أشفار العينين أو الجفون معها، والأهداب (أشعار الأجفان) وفي كل واحد ربع الدية.

والنوع الرابع - الذي في البدن منه عشر، اثنان: أصابع اليدين، وأصابع الرجلين، وفي كل أصبع عُشْر الدية، لحديث: «في كل أصبع عشر من الإبل، وفي كل سن خمس من الإبل، والأصابع سواء، والأسنان سواء»[٣].

---

(١) قال عنه الزيلعي: غريب.

(٢) رواه مالك والنسائي.

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن (الخمسة) إلا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه.

وفي جميع الأسنان الـ٣٢: دية كاملة، وفي كل سن خمس من الإبل، أو خمس مئة درهم، مالم تصل إلى مقدار الدية، للحديث المتقدم.

تعطيل المنفعة

تعطيل منافع الأعضاء مع بقاء صورتها يحدث في عشرين عضواً، منها: عقل، وسمع، وبصر، وشم، وصوت، وذوق، ومضغ، وإمناء، وإحبال، وجماع، وإفضاء، وبطش، ومشي، وذهاب شعر، أوجلد أو مشي وغير ذلك.

عقوبة الشجاج

الشجاج: جراحات الرأس والوجه خاصة، وعقوبتها: إما القصاص، وإما الأرش، والأرش: إما مقدر وإما غير مقدر. والأرش المقدر: ما حدد له الشرع مقداراً مالياً معلوماً، ويجب في الأعضاء، والشجاج، والجراح.

وقد بينا أن الدية تجب كاملة بقطع بعض الأعضاء أو بتفويت جنس منفعتها وقد يجب فيها أرش، والأرش إما نصف الدية، أو ربعها، أو عشرها، أو نصف عشرها أي خمس من الإبل كالسن.

والأرش غير المقدر: هو حكومة العدل: وهي ما لم يحدد له الشرع مقداراً معلوماً، وترك أمر تقديره للقاضي.

والقاعدة في ذلك: أن ما لا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس، وليس له أرش مقدر فيه حكومة عدل، مثل كسر الضلع، وقصبة الأنف، وقطع ثدي الرجل، أو حلمة ثديه، ولسان الأخرس، وذكر الخصي والعنِّين، والعين القائمة الذاهب نورها، والسن السوداء، واليد أو الرِّجل الشلاء، والذكر المقطوع الحشفة، والكف المقطوع الأصابع، والأصبع الزائدة، وكسر الظفر وقلعه، ولسان الطفل ما لم يتكلم، وثدي المرأة المقطوعة الحلمة، والأنف المقطوع الأرنبة، والجفن الذي لا أشفار له.

وما قبل الموضحة من الشجاج فيه حكومة عدل.

وحكومة العدل على الجاني، وليس على العاقلة.

وتقدر في المفتى به عند الحنفية بمقدار التفاوت بين القيمتين: في الحر بما له من الدية، وفي العبد بما له من القيمة، فإن نقص الحرَّ عشر قيمته أخذ عشر ديته، وذلك بعد افتراض كون المشجوج عبداً.

والشجاج في رأي الحنفية: إحدى عشرة شجة وهي:

١- الحارصة: التي تحرص الجلد، أي تشقه ولا يظهر منها الدم.

٢- الدامعة: التي يظهر منها الدم، ولا يسيل كالدمع في العين.

٣- الدامية: التي يسيل منها الدم.

٤- الباضعة: التي تبضع اللحم أي تقطعه وتشقه.

٥- المتلاحمة: التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ولم تقرب للعظم.

٦- السمحاق: التي تقطع اللحم، وتظهر الجلدة الرقيقة التي بين اللحم والعظم.

٧- الموضحة: التي تخترق السمحاق وتوضح العظم أي تظهره وتكشفه، ولو قدر مغرز الإبرة.

٨- الهاشمة: التي تهشم العظم، أي تكسره.

٩- المنقِّلة: التي تنقل العظم بعد كسره، أي تحوله عن مكانه.

١٠- الآمَّة أو المأمومة: التي تصل إلى أم الدماغ وهي: جلدة تحت العظم وفوق الدماغ.

١١- الدامغة: التي تخرق غشاء الدماغ وتصل إلى الدماغ.

والشجاج عند **الجمهور** عشرة بحذف الدامعة.

نوعا عقوبة الشجاج: عقوبة أصلية وهي القصاص إن أمكن، وعقوبة بدلية وهي الأرش أما القصاص فواجب كلما أمكن استيفاؤه، وإذا لم يمكن وجب الأرش.

فيجب القصاص في الموضحة بالاتفاق، لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] إلا ما خص بدليل.

ولا قصاص فوق الموضحة لتعذر استيفائه على وجه المماثلة أو المساواة **وما دون الموضحة مختلف فيه** على رأيين:

١- يرى الحنفية والمالكية القصاص في ذلك، سواء في الرأس والخد، لإمكان المساواة، بأن يسبر غورها بمسبار، ثم يقطع بمقداره، إلا السمحاق فلا قصاص إجماعاً فيها.

٢- ويرى الشافعية والحنابلة: ألا قصاص فيما دون الموضحة، لعدم إمكان تحقيق المماثلة، وحديث مرسل: «لا طلاق قبل ملك، ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات»[(١)].

ويرى أئمة المذاهب الأربعة: أنه ليس في موضحة غير الرأس والوجه أرش مقدر، لقول أبي بكر وعمر: الموضحة في الوجه والرأس.

وليس فيما دون موضحة الرأس والوجه أرش مقدر، بل فيه حكومة عدل، لأن النبي ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشيء[(٢)].

واتفقوا على أن في الموضحة فما بعدها أو فوقها أرشاً مقدراً، لحديث عمرو بن حزم في الديات: «وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقّلة خمس عشرة من الإبل، وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل،

---

(١) رواه البيهقي عن طاووس رحمه الله.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد العزيز رحمها الله.

وفي السن خمس من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل»[١] وتقاس الدامعة على المأمومة.

عقوبة الجراح

الجراح: ما كان في سائر البدن عدا الرأس والوجه، وهي نوعان: جائفة، وغير جائفة.

والجائفة: التي تصل إلى الجوف من الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو ما بين الأنثيين أو الدبر أو الحلق، ولا جائفة في اليدين والرجلين والرقبة، لأنها لا تصل إلى الجوف.

وغير الجائفة: التي لا تصل إلى الجوف كالرقبة واليد والرجل.

وعقوبة الجراح: أصيلة أو بدلية.

الأصلية هي **القصاص** في جراح العمد. ولا قصاص في الجائفة والمأمومة والمنقِّلة، لأنه لا يخشى منها الموت، وإنما فيها الدية. وفيما عدا ذلك مختلف فيه.

١- يرى الحنفية: أنه لا قصاص في شيء من الجراح إذا لم يمت المجروح، لتعذر المماثلة، فإن مات المجروح، وجب القصاص، لأن الجراحة صارت بالسراية نفساً.

٢- ويرى المالكية: أنه يجب القصاص في جراح العمد كلما أمكن التماثل، للآية المتقدمة: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌۚ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥].

٣- وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه يقتص في كل جرح ينتهي إلى عظم، كالموضحة في الوجه والرأس، وجرح العضد والساعد والفخذ والساق والقدم، لأنه يمكن استيفاؤه على سبيل المماثلة من غير زيادة، لانتهائه إلى عظم.

---

(١) سبق تخريجه.

ولا يجوز القصاص في رأي الجمهور **إلا بعد البرء**، لأن «النبي ﷺ نهى أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح»[١].

ويرى الشافعية: أن ذلك على سبيل الاستحباب، فإن استوفي القصاص قبل البرء (الاندمال) جاز، لأن النبي ﷺ أقاد رجلاً طعن بقرن في ركبته قبل البرء[٢].

ويؤجل القصاص لعذر كالحمل وإرضاع الولد بالاتفاق، وكذا عند المالكية في الحر الشديد والبرد الشديد الذي يخاف منه الموت.

والأرش واجب إذا تعذر تنفيذ القصاص في الجراح، لعدم إمكان المماثلة، ففي الجائفة كما تقدم ثلث الدية، عملاً بحديث عمرو بن حزم: «وفي الجائفة ثلث الدية» وفي غير الجائفة حكومة عدل.

وضابط حكومة العدل: كل ما لا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس، وليس له أرش مقدر، فيه حكومة، مثل كسر العظم إلا السن، وقطع اليد الشلاء ونحوها.

وتقدر بطرق منها: أن تقدر الجناية بمقدار ما يحتاج إليه المجني عليه من النفقة والعلاج إلى أن يبرأ، ويلاحظ الأثر أو العاهة المستديمة في تقدير التعويض وذلك بعد برء الجرح.

دية جراح المرأة: فيها رأيان للفقهاء:

١- يرى الحنفية والشافعية: أن دية جراح المرأة تقدر بحسب ديتها، وهي نصف دية الرجل.

٢- ويرى المالكية والحنابلة: أن دية جراح المرأة تقدر بحسب دية جراح الرجل فيما دون ثلث الدية الكاملة، فإن بلغت الثلث فأكثر رجعت إلى نصف دية الرجل فإن قطعت أصبع المرأة ففيها عشر من الإبل، وإن قطعت ثلاث أصابع ففيها

---

(١) رواه الدارقطني وابن أبي شيبة مسنداً.

(٢) رواه أحمد والدارقطني.

ثلاثون من الإبل، فإن قطع أربعة أصابع ففيها عشرون من الإبل، عملاً بما ذكر سعيد بن المسيب أنه السنة[١].

ثانياً- عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ

هي الدية أو الأرش، والدية هي الكاملة، والأرش: الأقل من الدية وهذه الدية أو الأرش حال الخطأ تتحملها العاقلة فيما زاد عن نصف عشر الدية عند الحنفية، وعن ثلث الدية عند المالكية والحنابلة.

وتتحمل العاقلة عند الشافعية كل التعويض الواجب، حتى حكومة العدل، قل ذلك أو كثر.

الجناية على نفس غير مكتملة (الجنين)

إذا اعتدي على حامل فأجهضت، فإما أن تلقي الجنين ميتاً أو حياً.

ففي حالة إلقاء الجنين ميتاً

تكون دية الجنين أو غرته خمساً من الإبل أو خمسين ديناراً أو خمس مئة درهم عند الحنفية، وست مئة درهم عند الجمهور بحسب الخلاف في تقويم الدينار، والدليل أحاديث صحيحة، منها ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى أن دية جنينها غرة، عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها»[٢].

والعاقلة: هي تتحمل هذه الدية عند الجمهور، والجاني واحد من العاقلة في رأي الأكثرين، وليس واحداً منها في رأي الحنابلة.

والدليل حديث المغيرة «أن امرأة ضربتها ضَرَّتها بعمود فسطاط (خيمة) فقتلتها

(١) رواه مالك في الموطأ والبيهقي وسعيد بن منصور عن ربيعة الرأي في سؤال لسعيد بن المسيب.

(٢) متفق عليه بين أحمد والشيخين.

وهي حبلى، فأُتي بها النبي ﷺ، فقضى فيها على عصبة القاتل بالدية في الجنين غرة..»[١].

والجناية في هذه الحالة عند الجمهور إما خطأ أو شبه عمد، ولا يتصور غيرهما، وفي رأي المالكية: يتصور العمد أيضاً، فتصير الدية معجلة، ومن الذهب أو الفضة، ولا تكون من الإبل، وتكون في مال الجاني في العمد مطلقاً، وكذا في حال الخطأ إلا أن تبلغ ثلث دية الجاني، فتكون حينئذ على العاقلة، كما في حال اعتداء مجوسي على مسلمة، وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة.

وتجب الدية عند الجمهور غير المالكية في مدى سنة.

وكذلك تلزم العاقلة عند الحنفية بدية الجنين إن أسقطت الأم عمداً جنينها ميتاً بدواء أو فعل، كأن ضربت هي بطنها بلا إذن زوجها.

والذي تجب له الغرة باتفاق المذاهب الأربعة هم ورثة الجنين **ولا كفارة** على الضارب عند الحنفية، وتستحب عند المالكية، وتجب عند الشافعية والحنابلة، لأن الجنين نفس مضمونة.

وفي حالة إلقاء الجنين حياً ثم مات

يقتص من الضارب عند المالكية إذا أدى الفعل الغالب إلى الموت، كالضرب على البطن أو الظهر، وتجب الدية فقط لا الغرة إذا لم يؤد الفعل غالباً إلى نتيجة كالضرب على اليد أو الرجل.

ولا قصاص عند الجمهور في هذه الحالة، لأن الجناية على الجنين لا تكون عمداً، وإنما هي شبه أو خطأ.

وتجب الكفارة في هذه الحالة أيضاً عند الجمهور، وتتعدد الدية بتعدد الأجنة.

وإذا ماتت الأم من الضرب بعد موت الجنين فعلى الضارب ديتان: دية الأم، ودية الجنين.

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي.

وإذا مات الجنين بعد موت الأم، فعلى الضارب دية الأم فقط، ولا شيء عليه عند الحنفية والمالكية في الجنين، وإنما عليه التعزير، ويجب عند الشافعية والحنابلة دية الأم وغرة الجنين.

وتجب غرة جنين المرأة الذمية بالجناية عليها، وهي مثل غرة جنين المسلمة عند الحنفية، وعشر دية الأم عند المالكية، وبمقدار ثلث غرة المسلم عند الشافعية.

التسبب في الاعتداء

أقصر الكلام هنا على حالتين هما: جناية الحيوان وجناية الحائط المائل.

جناية الحيوان

إذا وجد حارس للحيوان (مالك أو راكب أو سائس ونحوهم) وتسبب في إحداث الضرر للآخرين بواسطة الحيوان أو قصر في حفظه، فهو ضامن بالاتفاق.

أما إن لم يتسبب في الضرر، فللفقهاء رأيان في تضمين القائم على الحيوان:

١- **مذهب الحنفية**، فيه تفصيل:

أ- إن كان الحيوان عادياً، فأتلف شيئاً بنفسه، مالاً أو إنساناً، فلا ضمان على حارسه، ليلاً أو نهاراً، لقوله ﷺ: «العجماء جُرْحها جُبَار»[١] أي هدر.

ب- وأما إن كان الحيوان خطراً، كالثور الهائج والكلب العقور: فيضمن صاحبه أو حارسه ما يتلفه إذا لم يحفظه، في حالة مطالبة الناس حفظه وإشهادهم على ذلك، كالشأن في الحائط المائل.

أما كلب الحراسة فلا ضمان لفعله، سواء طالب الناس أم لا.

والمفتى به عند الحنفية أنه إذا أرسل صاحب الحيوان أو حارسه طيراً أو دابة، أو أشلى كلباً أو أغراه، فيضمن ما يتلفه.

---

(١) رواه الأئمة الستة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

٢- **مذهب الجمهور**: ما تفسده البهائم من الزروع والشجر مضمون على صاحبها إن حدث الضرر ليلاً، ولا ضمان عليه فيما تتلفه نهاراً إذا لم يكن معها صاحبها. فإن كان معها صاحبها أو حائزها كالغاصب والمستأجر والمستعير، فهو ضامن لما تفسده من النفوس والأموال.

ودليلهم أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ أن: «على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»(١).

أما البهائم والجوارح الضارية (المعتدية) فيضمن صاحبها مطلقاً ما تتلفه من مال أو نفس، لتفريطه، كما ذكر الحنفية.

ضمان الراكب والتصادم

ذكر الحنفية أحكام الضمان في هاتين الحالتين في ضوء القواعد الآتية وهي:

- «ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه».
- «يضاف الفعل إلى المتسبب ما لم يتخلل واسطة».
- «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي».
- «المباشر ضامن وإن لم يتعدّ».
- «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر».
- «يضمن المتسبب والمباشر معاً إذا تعدى كل منهما».

وفي حال التصادم: إما أن يقع خطأ أو عمداً.

فإن تصادم راكبان أو ماشيان، فماتا، وجب على كل واحد منهما عند الحنفية

(١) رواه مالك والشافعي وأحمد، وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني وابن حبان وصححه، والحاكم والبيهقي، من حديث حِرام بن محيِّصة.

والمالكية والحنابلة تحمل دية الآخر وضمان ماله، لكن الدية تتحملها العاقلة.

وإن حدث التصادم عمداً: وجب عند الحنفية تحمل نصف قيمة الضمان من دية وتعويض مالي.

وقال المالكية: إن تصادمت سفينتان فتلفتا أو تلفت إحداهما فهدر.

ويرى الشافعية وزفر: أنه إذا اصطدم فارسان أو ماشيان أو سفينتان بتفريط من ربّانهما، وجب على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف للآخر، أي كما قال الحنفية.

فإن حدث التصادم دون تفريط، وإنما بقوة قاهرة كالريح العاتية، فلا ضمان على أحد.

وإن كان المخطئ أحد المتصادمين، كان عليه الضمان بالاتفاق.

جناية الحائط المائل

سقوط البناء إما بسبب خلل أصلي في الإنشاء، وإما بسبب خلل طارئ:

فإن كان السقوط بسبب خلل أصلي: فاتفق الفقهاء على وجوب ضمان الضرر الحادث بسببه، سواء سقوط البناء أو الجدار الذي بناه مائلاً إلى الطريق العام أو إلى ملك غيره، لأنه متعدّ بفعله، ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١].

وإن كان السقوط بسبب خلل طارئ، حيث مال إلى الطريق أو إلى دار إنسان، ففيه رأيان للفقهاء:

١- مذهب الشافعية والحنابلة: لا ضمان في هذه الحالة، لأن صاحبه تصرف في ملكه، والميل ثم السقوط لم يحدث بفعله.

---

(١) رواه ثمانية من الصحابة عبادة، وابن عباس، والخدري، وأبو هريرة، وأبو لبابة، وثعلبة بن مالك، وجابر بن عبد الله، وعائشة (نصب الراية ٤/ ٣٨٤).

٢- مذهب الحنفية والمالكية: في الأمر تفصيل:

أ- إن لم يطالب صاحبه بنقضه، حتى سقط على إنسان فقتله، أو على مال فأتلفه، فلا ضمان، لأنه بناه في ملكه، والميل حادث بغير فعله، كثوب ألقته الريح في يده، فما تولد منه لا يؤاخذ به.

ب- وأما إن طولب من الآخرين بنقضه، فلم يفعل، ثم سقط في مدة يمكنه فيها نقضه، فهو ضامن ما تلف به من نفس أو مال، لأنه يصبح حينئذ متعدياً، كما لو امتنع عن تسليم ثوب ألقت به الريح في دار إنسان، وطولب به فهلك يضمن.

أما إذا لم يفرط في نقضه، فسقط، فأفسد شيئاً، فلا شيء عليه، لأن الواجب فقط إزالة الضرر بقدر الإمكان.

والإشهاد على المطالبة بالنقض ليس لصحة المطالبة بمنع الضرر، وإنما لإثبات سبب الضمان، أي لإثبات الطلب عند القاضي، والإلزام بالضمان عند الإنكار.

طرق إثبات الجناية

تثبت الجناية إما بطرق الإثبات العامة من إقرار وشهادة وقرينة ونكول عن اليمين، وإما بطرق خاص وهو القسامة.

طرق الإثبات العامة

إن تم الإثبات **بالإقرار**، فيشترط فيه لإثبات جريمة الحد والقصاص والتعزير أن يكون واضحاً، مفصلاً، قاطعاً في الاعتراف بارتكاب الجرم، عمداً أو خطأ أو شبه عمد، ولا يصح إقرار المتهم في إقراره لصداقة أو قرابة، ولا إقرار عديم العقل كالمجنون وغير المميز، لكن يصح عند الحنفية إقرار المميز بالديون والأعيان، لا بالجنايات، ولا إقرار المستكره، ولا النائم والمغمى عليه، لكن يصح إقرار السكران المتعدي بسكره في كل تصرفاته وجناياته عند الشافعية، ولا

يصح عند الحنفية إقراره في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والسرقة لوجود الشبهة، ولا يصح عند المالكية والحنابلة إقرار السكران بحق مدني أوجنائي، لأنه غير عاقل.

الشهادة: لا تثبت بها باتفاق المذاهب الأربعة جرائم القصاص، ولا شهادة رجل وامرأتين، ولا شهادة شاهد ويمين المدعي، ولا بالشهادة على الشهادة، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي، في الحدود والقصاص والجنايات، وإنما لابدَّ من شهادة رجلين عدلين، لخطورتها والتأكد من ثبوتها.

ولكن أجاز المالكية استحساناً إثبات جراح النفس بشهادة شاهد عدل واحد ويمين المجني عليه، وبشاهد واحد وامرأتين، كما أجازوا إثبات جرائم الصبيان بشهادة بعضهم، حيث لا يطلع عليها أحد، وأجازوا أيضاً إثبات جرائم التعزير البدني بشاهد واحد ويمين المدعي.

وتثبت جريمة التعزير عند الحنفية والشافعية والحنابلة بشهادة رجلين عدلين، وكذا عند الحنفية بالنكول عن اليمين، وشهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

وأما **القرائن**: لا يقضى بها في الحدود والقصاص عند الجمهور، لأنها تدرأ بالشبهات. واستحسن المالكية والحنابلة إثبات الزنا بالحمل، وإثبات شرب الخمر بظهور رائحتها من فم المتهم، وثبوت السرقة بوجود المال المسروق في حيازة المتهم، ورد المسروقات والوديعة واللقطة لمن يصفها بعلامات مميزة.

والقرينة القطعية بينة نهائية كافية للقضاء لدى الحنفية، كما لو رئي شخص مدهوشاً ملطخاً بالدم، ومعه سكين ملوثة بالدم، بجوار مضرّج بدمائه في مكان، فيعدّ هو القاتل (م١٧٤١ مجلة). وأما القرينة غير القطعية ولكنها ظنية أغلبية،

ومنها القرائن العرفية أو المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الخصوم، فتعد دليلاً أولياً مرجحاً لزعم أحد المتخاصمين مع يمينه، متى اقتنع بها القاضي، ولم يثبت خلافها.

وأما النكول عن اليمين: هو الامتناع عن حلف اليمين الموجهة إلى المدعى عليه بطريق القاضي، فهو مجرد قرينة على صدق المدعى في اتهام المتهم، ويقضى به عند الحنفية والحنابلة، لأن النبي ﷺ جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه في قوله: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

ولا يقضي بالنكول عند الحنفية والحنابلة وغيرهم في الحدود الخالصة لله تعالى، لأنها تدرأ بالشبهات، ولا بالقصاص في النفس، وأجاز أبو حنيفة القضاء بالنكول في الأطراف حالة العمد خلافاً للصاحبين، وبالدية حالة الخطأ.

ويقضي بالنكول عند الحنفية في التعازير، خلافاً لبقية المذاهب.

وأخذ المالكية والشافعية بجواز القضاء باليمين المردودة في جانب المدعي، وذلك عند الشافعية في جميع الحقوق والتعازير، عدا جنايات الدماء والحدود، وقصرها المالكية على الأموال، دون ما سواها.

إثبات الجناية بطريق خاص وهو القسامة

هو متفق عليه بين المذاهب، وهذا يتطلب الكلام فيها على النحو الآتي:

معنى القسامة ومشروعيتها

القسامة: مصدر بمعنى القَسَم أي اليمين، وشرعاً: هي الأيمان المكررة في دعوى القتل، وهي خمسون يميناً من خمسين رجلاً، يقسمها في رأي الحنفية **أهل المحلّة** التي وجد فيها القتيل، ويتخيرهم ولي الدم، لنفي تهمة القتل عن المتهم، فيقول الواحد منهم: بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً، فإذا حلفوا غرموا الدية.

وفي رأي الجمهور: يحلفها **أولياء** القتيل لإثبات تهمة القتل على الجاني، بأن يقول كل واحد منهم: بالله الذي لا إله إلا هو، لقد ضربه فلان فمات، أو لقد قتله فلان. فإن نكل بعضهم (أي ورثة القتيل) عن اليمين، حلف الباقي جميع الأيمان، وأخذ حصته من الدية.

وإن نكل الكل، أو لم يكن هناك لوث (أي قرينة على القتل أو العداوة الظاهرة) ترد اليمين على المدعى عليه ليحلف أولياؤه خمسين يميناً. فإن لم يكن له أولياء (عاقلة) حلف المتهم (الجاني) الخمسين، وبرئ.

وإذا حلف أولياء القتيل، وجب عند المالكية والحنابلة القصاص في حالة العمد، والدية حال الخطأ، أو شبه العمد عند الحنابلة، وتجب الدية فقط في كل الحالات عند الشافعية.

ومحو الخلاف بين الاتجاهين: أن القسامة عند الحنفية دليل لنفي التهمة عن المدعى عليهم، وعند الجمهور: إنها دليل للمدعين لإثبات تهمة القتل على القاتل، إذا لم تتوافر وسائل الإثبات الأخرى.

والقسامة **مشروعة** بالسنة في أحاديث متعددة، منها: ما رواه رجل من الأنصار: «أن النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية»[١].

وروى الجماعة عن سهل بن أبي حَثْمة قال: «انطلق عبد الله بن سهل، ومحيِّصة بن مسعود إلى خيبر، وهو يومئذ صلح، فتفرقا، فأتى محيِّصة إلى عبد الله بن سهل، وهو يتشحط في دمه[٢] قتيلاً، فدفنه، ثم قدم المدينة، فانطلق عبد الرحمن بن سهل، ومحيِّصة وحُويصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم، فقال: كبِّر كبِّر، وهو أحدث القوم، فسكت، فتكلما، قال: أتحلفون وتستحقون قاتلكم، أو صاحبكم؟ فقالوا: وكيف نحلف، ولم نشهد ولم نر؟ قال:

---

(١) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو ضعيف.

(٢) يضطرب في دمه.

فتبرّئكم يهود بخمسين يميناً، فقالوا: كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟ فعقله النبي ﷺ من عنده».

وفي لفظ آخر: «أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم؟» أي يقتص لكم من قاتله.

وحكمة تشريع القسامة: صيانة الدماء وعدم إهدارها، حتى لا يطلّ (يهدر) دم في الإسلام، وكيلا يفلت جانٍ من العقاب، قال علي لعمر فيمن مات من زحام يوم الجمعة أو في الطواف: «يا أمير المؤمنين، لا يطل دم امرئ مسلم، إن علمت قاتله، وإلا فأعطه ديته من بيت المال».

واتجاه الحنفية بإلزام عصبة المتهم بالقتل بالقسامة والدية سببه: وجود التقصير منهم، في الحفاظ على حياة القتيل قبل قتله في الموضع الذي وجد فيه، وعدم حمايته من اعتداء الجاني عليه، كما في القتل الخطأ، كأنهم رجال شرطة.

وإنما شرعت القسامة لدفع تهمة القتل، وأما الدية فلوجود القتيل بين أهل المحلة.

محل القسامة وقرينتها

لا تشرع القسامة إلا في جريمة القتل فقط، عمداً أو شبه عمد أو خطأ، دون بقية الاعتداءات الأخرى على الأعضاء من قطع وجرح، والمنافع، لأن النص ورد في القتل.

ولا تكون إلا إذا كان القاتل مجهولاً، فإن كان معلوماً فلا قسامة.

ولابدَّ عند الجمهور غير الحنفية من توافر قرينة اللوث، ولا بينة ولا إقرار.

واللوث بعبارة واضحة كما ذكر الحنابلة: هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه أو عليهم، كما هي الحال في الماضي والحاضر بين المسلمين واليهود، وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى من دماء، وما بين أهل العدل

والبغاة، وما بين الشرطة واللصوص، ومن كان بينه وبين المقتول من ضغن يغلب على الظن أنه قتله، فإن لم تكن عداوة ظاهرة بين المتهم والمقتول، ولكن غلب على الظن صدق المدعي، كتفرق جماعة عن قتيل أو في زحام فليس لوثاً.

وليس مجرد وجود القتيل في محله لوثاً، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة. ويعدون ادعاء المجني عليه على المتهم قبل وفاته لوثاً، ولا يعتبره الشافعية لوثاً، والإشاعة المتواترة على ألسنة الناس أن فلاناً قتله لوث عند الشافعية، وليس لوثاً عند المالكية.

وفي الجملة: اللوث: أمارة غير قاطعة على القتل، وحالاته مختلف فيها.

شروط القسامة

اشترط الحنفية فيها سبعة شروط هي:

١- أن يكون بالقتيل أثر القتل من جراحة أو ضرب أو خنق، وإلا فلا قسامة ولا دية. واشترط الجمهور غير الحنفية وجود اللوث، ولم يشترطوا وجود أثر بالقتيل.

٢- أن يكون القاتل مجهولاً: فإن علم فلا قسامة.

٣- أن يكون القتيل من بني آدم: فلا قسامة في قتل بهيمة.

٤- رفع الدعوى إلى القضاء من أولياء القتيل، لأن القسامة يمين، ولابدَّ في الأيمان من دعوى. ويشترط عند غير الحنفية اتفاق الأولياء على الدعوى.

٥- إنكار المدعى عليه: لأن اليمين وظيفة المنكر، فإن اعترف فلا قسامة.

٦- المطالبة بالقسامة: لأنها أيمان، واليمين حق المدعي، وحق الإنسان يوفى عند طلبه، كسائر الأيمان، فيختار أولياء القتيل من يتهمونه.

٧- أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل مملوكاً لأحد الناس أو في حيازة أحد، وإلا فلا قسامة ولا دية، كالأماكن العامة والصحارى والأنهر العظيمة والمساجد.

كيفية القسامة

للعلماء رأيان فيمن يحلف أيمان القسامة:

١- ذهب الحنفية: إلى أنه يبدأ بتحليف المدعى عليهم، لحديث بشير بن يسار: أن رجلاً من الأنصار يقال له: سهل بن أبي حَثْمة قال: قال رسول الله ﷺ: «تأتون بالبينة على من قتله؟ قالوا: ما لنا بينة، قال: فيحلفون لكم، قالوا: ما نرضى بأيمان يهود، وكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فوداه بمئة بعير من إبل الصدقة».

٢- وذهب الجمهور: إلى أنه يبدأ المدّعون أولياء القتيل بالأيمان الخمسين، عملاً بحديث سهل بن أبي حثمة المتقدم الذي جاء فيه: «أتحلفون خمسين يميناً، وتستحقون دم صاحبكم؟».

فيحلف كل ولي بالغ عاقل أمام الحاكم والمدعى عليه، وفي المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس: «بالله الذي لا إله إلا هو: لقد ضربه فلان فمات، أو لقد قتله فلان» وأن تكون اليمين قاطعة (مبتوتة) في ارتكاب المتهم الجريمة.

واشترط المالكية: أن تكون الأيمان متوالية، دون تفريق على أيام، لأن للموالاة أثراً في الزجر والردع، ولم يشترط الشافعية والحنابلة موالاتها.

من تجب عليه القسامة

تجب القسامة على الورثة مع اختلاف الفقهاء في تحديدهم:

١- قال **الحنفية**: الحالف هو المدعى عليه، وأيمان القسامة على بعض الورثة، وهم الرجال البالغون، فلا قسامة على الصبي، والمجنون، والمرأة، لأن سبب وجوبها التقصير في النصرة، وهؤلاء لا نصرة منهم.

وتجب القسامة والدية على الأقرب من عاقلة من وجد القتيل فيهم، رب الدار وقومه، ثم أهل المحلة، ثم أهل المصر، أي الأقرب فالأقرب.

٢- **المالكية** فرقوا بين نوعي القتيل: العمد والخطأ:

ففي **الخطأ**: يحلف أيمان القسامة ورثة القتيل، واحداً أو أكثر، رجلاً أو امرأة، أخاً أو أختاً لأم، وإذا تعدد الورثة توزع الأيمان على قدر الميراث، وإن نكل الورثة أو بعضهم، حلف البعض الآخر جميع الأيمان، وأخذ حصته فقط، وإن نكل ورثة المقتول حلفت **عاقلة القاتل** كل واحد منهم يميناً واحدة، فإن لم يكن عاقلة حلف **الجاني** الأيمان الخمسين وبرئ، فإن نكل غرم، ومن حلف من عاقلة الجاني برئ ولا غرم عليه، ومن نكل منهم يغرم حصته فقط من الدية، يغرمها للناكلين من ورثة المقتول.

وإن كان القتل عمداً: حلف العصبة من النسب، سواء ورثوا أم لا. ولا يحلف أقل من رجلين منهم، ولا يحلف النساء في العمد، لعدم قبول شهادتهن فيه، فإن لم يوجد غير النساء، صار المقتول كمن لا وارث له، فترد الأيمان على المدعى عليه، فيحلف خمسين يميناً أنه ما قتل.

٣- **الشافعية** قالوا: يشترك جميع الورثة رجالاً ونساء في أيمان القسامة، وتوزع الأيمان الخمسون عليهم بحسب أنصبائهم من الإرث.

٤- ذهب **الحنابلة**: إلى أن الأيمان تختص بالورثة الذكور المكلفين، وهم ذوو الفروض والعصبات، على قدر إرثهم إن كانوا جماعة. وإن كان الوارث واحداً حلف الخمسين يميناً. ولا يدخل في القسامة النساء والصبيان والمجانين كما ذكر الحنفية، لقوله ﷺ في الحديث المتقدم: «يقسم خمسون رجلاً منكم، وتستحقون دم صاحبكم».

ما يجب بالقسامة

تجب الدية بالقسامة على العاقلة في القتل الخطأ أو شبه العمد.

أما في القتل العمد: فلا يجب القصاص عند الحنفية والشافعية، وإنما تجب

الدية معجلة في مال المتهم، لخبر البخاري: «إما أن تدوا صاحبكم، أو تأذنوا بحرب» ولا فرق في الحديث بين العمد والخطأ.

وذهب المالكية والحنابلة: إلى أنه يجب القصاص بالقسامة في القتل العمد، ولكن لا يقتل بالقسامة عند المالكية أكثر من واحد.

ودليل إيجاب القصاص: خبر الصحيحين: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟» أي دم قاتل صاحبكم. وروى الأثرم عن عامر الأحول: «أن النبي ﷺ أقاد بالقسامة بالطائف».

العلاقات الدولية في الإسلام

العلاقات الدولية في الإسلام

تشتمل على بيان حكم الجهاد وقواعده، وانتهاء الحرب بالإسلام أو بالمعاهدات، وحكم الأنفال والغنائم، وحكم الأسرى والسبي.

الجهاد وقواعده

تعريف الجهاد وفضله

الجهاد **لغة**: بذل الجهد وهو الوسع والطاقة، **واصطلاحاً** عند الفقهاء: هو قتال غير المسلمين لنصرة الإسلام، أو هو بذل الوسع والطاقة في قتال الكفار ومدافعتهم بالنفس والمال واللسان.

ومنزلته في الإسلام عظيمة، فهو ذروة سنام الإسلام، وأحد فرائضه المحكمة على الدوام، للحفاظ على الديار والنفوس والدين وأهله، وإعزاز المسلمين وصون كرامتهم، لقوله تعالى: ﴿وَجَٰهِدُواْ فِي ٱللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِۦ﴾ [الحج: ٢٢/ ٧٨] ﴿۞ إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعْدًا عَلَيْهِ حَقًّا فِي ٱلتَّوْرَىٰةِ وَٱلْإِنجِيلِ وَٱلْقُرْءَانِ وَمَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِۦ مِنَ ٱللَّهِ فَٱسْتَبْشِرُواْ بِبَيْعِكُمُ ٱلَّذِي بَايَعْتُم بِهِۦ وَذَٰلِكَ هُوَ ٱلْفَوْزُ ٱلْعَظِيمُ ﴿١١١﴾﴾ [التوبة: ٩/ ١١١].

وقوله ﷺ: «رأس الأمر الإسلام، وعموده الصلاة، وذروة سنامه الجهاد»[١]

---

(١) رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، عن معاذ بن جبل رضي الله عنه.

وسئل رسول الله ﷺ: «أي العمل أفضل؟ قال: إيمان بالله ورسوله، قيل: ثم ماذا؟ قال: الجهاد في سبيل الله، قيل: ثم ماذا؟ قال: حج مبرور»[١] «الغدوة أو روحة في سبيل الله خير من الدنيا وما فيها»[٢] «الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال، لا يُبطله جور جائر، ولا عدل عادل، والإيمان بالأقدار»[٣].

حكمه الدائم

يختلف بحسب حالة الخطر من الأعداء:

أ- **فإن كان النفير عاماً**: كهجوم العدو على بلد إسلامي، فالجهاد فرض عين على كل قادر من المسلمين، لقوله تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٤١﴾﴾ [التوبة: ٩/٤١] نزلت في النفير، فإذا عمّ النفير خرجت المرأة بغير إذن زوجها، والولد بغير إذن والديه.

ويصير الجهاد فرض عين في ثلاثة أحوال: إذا التقى الصفان، ونزل الكفار في بلد إسلامي، واستنفر الإمام قوماً، لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمُ ٱنفِرُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱثَّاقَلْتُمْ إِلَى ٱلْأَرْضِۚ﴾ [التوبة: ٩/٣٨] يؤكده الحديث المتفق عليه: «وإذا استنفرتم فانفروا».

ب- **في الأحوال العادية** بأن لم يكن النفير عاماً: فالجهاد فرض كفاية، إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين، لقوله عز وجل: ﴿فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ دَرَجَةًۚ وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰۚ﴾ [النساء: ٤/٩٥] فلو كان الجهاد فرض عين، لما وعد الله القاعدين الحسنى، ولقوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ

---

(١) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن خزيمة في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) رواه الشيخان وغيرهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه، فهو متفق عليه بين أحمد والشيخين.

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن أنس رضي الله عنه.

ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ﴾ [التوبة: ٩/ ١٢٢] فليس القتال مفروضاً على جميع المسلمين.

فإن ضعف أهل المقاومة، فعلى من يجاورهم من المسلمين: الأقرب فالأقرب أن يجاهدوا معهم، وأن يمدوهم بالسلاح والمال.

وفي هذه الحال لا تخرج المرأة للجهاد إلا بإذن زوجها، ولا الولد إلا بإذن أبويه، أو أحدهما إن كان الآخر ميتاً، لأن بر الوالدين فرض عين، فيتقدم على فرض الكفاية.

شروط الجهاد

للجهاد سبعة شروط: الإسلام، والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والسلامة من الضرر، ووجود النفقة.

فلا يجب على غير المسلم، والصغير، والمجنون، والعبد، والأنثى، وأصحاب الأعذار أو الضرر من العمى والعرج والمرض والشيخوخة، وقطع اليد أو الرجل ونحوهم، لقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [النور: ٢٤/ ٦١] ولا العاجز عن النفقة على نفسه وأداة الجهاد، حيث كان الجهاد تطوعاً، على عكس اليوم حيث تتكفل الدولة بتقديم السلاح والعتاد والتموين، وذلك لقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا۟ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [التوبة: ٩/ ٩١].

ما يجب قبل المعركة

لا يعلن الجهاد إلا بأمر الإمام الحاكم واجتهاده اتفاقاً، ويلزم الرعية طاعته فيما يراه من ذلك، وعليه إبلاغ العدو بالدعوة الإسلامية وإعلان الجهاد إن لم يستجب لنداء السلام بالإسلام أو الأمان من طريق التحالف أو المعاهدة.
وللفقهاء آراء ثلاثة في حكم إبلاغ الدعوة:

الأول - يجب قبل القتال تقديم الدعوة الإسلامية مطلقاً، سواء بلغت العدو الدعوة أم لا، وهو مذهب مالك.

الثاني- لا يجب ذلك مطلقاً، وهو مذهب الحنابلة.

الثالث - تجب الدعوة لمن لم يبلغهم الإسلام، فإن انتشر الإسلام في كل مكان، وعرف الناس موجبات الدعوة وأسباب القتال، فالدعوة مستحبة تأكيداً للإعلام والإنذار، وليست بواجبة، وهذا رأي الجمهور.

ومن أدلة الرأي الأول: حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً قط إلا دعاهم»(١) وحديث بريدة: «وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال، فأيتهن ما أجابوك، فاقبل منهم وكف عنهم: ادعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم... فإن أبوا الإسلام فسلهم الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكفّ عنهم، وإن أبوا فاستعن عليهم وقاتلهم»(٢). هذه هي الخيارات الثلاثة التي يتضمنها الإنذار الحربي: الإسلام، أو المعاهدة، أو القتال.

ومن أدلة الرأي الثاني: حديث عبد الرحمن بن عوف: أن رسول الله ﷺ أغار على بني المُصطلِق وهم غارّون - غافلون - وأنعامهم تسقى على الماء، فقتل مقاتلتهم وسبى سبيهم»(٣) وحديث أسامة بن زيد: «أغر على أُبْنى(٤) صباحاً وحرّق»(٥) والغارة لا تكون مع الدعوة.

واستدلال الجمهور هو بالجمع والتوفيق بين الأحاديث المتقدمة، فمن لم تبلغه

---

(١) رواه أحمد والبيهقي وأبو يعلى والطبراني والحاكم وعبد الرزاق، قال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح.

(٢) رواه الجماعة إلا البخاري، وصححه الترمذي.

(٣) رواه أحمد والشيخان.

(٤) أبنى كحبلى: موضع بفلسطين بين عسقلان والرملة.

(٥) رواه أبو داود وابن ماجه.

الدعوة، دعي إلى الإسلام وقبوله، ومن وصلته أو بلغته استحب دعاؤه. وهذا يعني أنه تجوز مداهمة العدو أو مفاجأته إذا وجد الإمام الحاكم مصلحة حربته في ذلك.

صفة الأعداء الذين يجوز مقاتلتهم

يجوز مقاتلة الأعداء المشتركين في أثناء الحرب برأي أو تدبير أو قتال، ولا يجوز مقاتلة غير المقاتلة كالمرأة والصبي والمجنون والشيخ الهرم والمريض المقعد والأشل والأعمى ومقطوع اليد والرجل من خلاف ومقطوع اليد اليمنى، والمعتوه، والراهب في صومعته، والمنعزلين المترهبين في دار أو كنيسة، والعَجَزة عن القتال، والفلاحين في حرثهم إلا إذا قاتلوا بقول أو فعل أو رأي أو إمداد بمال.

والدليل: أن ربيعة بن رفيع السُّلَمي أدرك دريد بن الصِّمة يوم حُنين، فقتله وهو شيخ كبير جاوز المئة، لا ينتفع إلا برأيه، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، ولم ينكر عليه[١].

ويجوز قتل المرأة إذا كانت مَلِكة الأعداء، لأن فيه تفريقاً لجمعهم، وكذلك إذا كان ملكهم صبياً صغيراً وأحضروه معهم في المعركة، يجوز قتله.

وأدلة تحريم قتل المدنيين أو غير المقاتلة إذا لم يقاتلوا أحاديث، منها:

- «لا تقتلوا امرأة ولا وليداً»[٢].
- «نهى النبي ﷺ عن قتل النساء والصبيان»[٣].
- «لا تقتلوا ذرية ولا عسيفاً»[٤].

---

(١) رواه الشيخان في الصحيحين عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.

(٢) رواه الطبراني في الكبير والأوسط.

(٣) رواه الجماعة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي عن رباح عن ربيع رضي الله عنه.

- «لا تقتلوا أصحاب الصوامع»[١].

- «لا تقتلوا شيخاً فانياً، ولا طفلاً، ولا صغيراً، ولا امرأة، ولا تغلُّوا، وضموا غنائمكم، وأصلحوا وأحسنوا إن الله يحب المحسنين»[٢].

بعد انتهاء القتال أو الحرب

كل من لا يحل قتله في أثناء القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال، وكل من يحل قتله في حال القتال، يباح قتله بعد الأخذ والأسر إلا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل، فإنه يباح قتلهما في حال القتال إذا قاتلا، ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال إذا أسرا حتى وإن قتلا جماعة من المسلمين في القتال، لأن القتل بعد الأسر بطريق العقوبة، وهما ليس من أهل العقوبة، وأما قتلهما أثناء الحرب فلدفع شرهما.

وليس للمسلمين أن يغدِروا (يخونوا بنقض العهد) ولا أن يغُلُّوا (يسرقوا من المغنم قبل القسمة) ولا أن يمثِّلوا بالأعداء (بأن يشقوا أجوافهم ويرضخوا رؤوسهم ونحو ذلك).

هذا مذهب الجمهور، خلافاً للإمامية والظاهرية والشافعية في الأظهر، فإنهم يجيزون قتل ما عدا النساء والصبيان.

ولا بأس عند الضرورة الحربية من إحراق حصون العدو بالنار، وإغراقها بالماء وتخريبها وهدمها عليهم، وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم، ونصب المجانيق (أدوات الرمي بالحجارة) على حصونهم وهدمها، ورميهم بالنبال ونحوها من المدافع وإلقاء القنابل في البر والبحر والجو، لقوله تعالى: ﴿يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الحشر: ٢/٥٩] ولأنه عليه الصلاة والسلام أحرق

---

(١) رواه أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) رواه أبو داود عن أنس رضي الله عنه.

البُويرة: وهو موضع بقرب المدينة المنورة، ولأن في التغريق بالماء ونحوه كسر شوكتهم وتفريق جمعهم

ويجوز أيضاً ضرب أو قصف الكفار إن تترسوا بأطفال المسلمين وأسراهم، للضرورة، وسداً لذريعة الفساد التي قد تترتب على ترك قتلهم، لكن يقصد الكفار بالضرب، وإن أصيب مسلم فلا دية له ولا كفارة.

الاستعانة بالكفار

على قتال الكفار لا المسلمين فهو غير مقبول على المدى البعيد، لقوله ﷺ لرجل تبعه يوم بدر: «ارجع فلن أستعين بمشرك»[(١)] ولأنه لا يؤمن غدرهم.

لكن أجاز أكثر علماء المذاهب الاستعانة بالكافر على الكفار إذا كان الكافر حسن الرأي بالمسلمين اتفاقاً، وعند الحاجة في رأي الشافعية، لأن النبي ﷺ استعان بصفوان بن أمية يوم حنين[(٢)]، وتعاونت خزاعة مع النبي ﷺ عام فتح مكة، وخرج قُزمان وهو من المنافقين مع الصحابة، وهو مشرك، يوم أحد.

ويجب على المجاهدين حال القتال الثبات أمام عدوهم إذا غلب على ظنهم أنهم يقاومونهم، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَٱثْبُتُواْ﴾ [الأنفال: ٨/ ٤٥] وعلى المسلم الثبات أمام اثنين من الأعداء، لقوله تعالى: ﴿ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِاْئَتَيْنِ ۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوٓا۟ أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴿٦٦﴾﴾ [الأنفال: ٨/ ٦٦].

فإن غلب على ظن المقاتلين أنهم سيُغلبون ويقتلون، فلا بأس أن يفروا من عدوهم منحازين إلى فئة يستنصرون بها من المسلمين، ومن لا سلاح معه أو كان مريضاً ونحوه له أن يفر من اثنين مسلحين، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا

---

(١) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) رواه مسلم.

لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمُ ٱلْأَدْبَارَ ﴿١٥﴾ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ ﴿١٦﴾﴾ [الأنفال: ٨/ ١٥-١٦]. وأقر النبي ﷺ فرار سرية في نجد أمام العدو، وكذلك في وقعة مؤتة في الشام، وقال لهم: «بل أنتم العكارون[١] في سبيل الله، لترجعوا معي إلى الجهاد في سبيل الله»[٢].

ويحرم على المسلمين بيع الحربيين السلاح والخيول وغيرها من وسائل القتال التي تقوي العدو كالحديد، ولا يتاجر بها مع الأعداء.

انتهاء القتال بقبول الإسلام أو بالمعاهدة

لانتهاء القتال طرق منها الدخول في الإسلام، ومنها عقد معاهدة مع المسلمين.

انتهاء القتال بالإسلام

ينتهي القتال بدخول العدو في الإسلام إما صراحة كالنطق بالشهادتين أو بالشهادة مع التبري من العقيدة السابقة، وإما بإعلان الإسلام ضمناً كأن يصلي غير المسلم مع المسلمين، والصبي يحكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو لأحدهما.

والإعلان الصريح للإسلام: إن كان الكافر منكراً وجود الله، أو منكراً وحدانية الله تعالى كالوثنية والمجوس، فيكفي أن يقول: لا إله إلا الله، أو يقول: أشهد أن محمداً رسول الله، لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»[٣]. ويكفي الوثني أن يقول: أنا مسلم.

---

(١) العطافون الراجعون إلى الجهاد مرة أخرى.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن ابن عمر رضي الله عنهما في مسألة نجد. وأما مسألة مؤتة فيرجع فيها إلى كتب السيرة مثل سيرة ابن هشام ٢/ ٣٨٢.

(٣) حديث متواتر عن تسعة عشر صحابياً، منها حديث البخاري ومسلم وأبو داود وغيرهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وإن كان الكافر يقر بوجود الله ووحدانيته إلا أنه ينكر النبوة والرسالة، فلا يكفي أن يقول: لا إله إلا الله، وإنما لابدَّ من النطق بالشهادة الأخرى فيقول: أشهد أن محمداً رسول الله.

وإن كان الكافر ينكر فقط رسالة النبي العربي الهاشمي محمد ﷺ فلا يكفي النطق بالشهادتين، وإنما ينبغي عليه أن يتبرأ من الدين الذي عليه من اليهودية أو النصرانية، ولا يقبل مجرد قوله: أنا مؤمن، أو مسلم، أو آمنت، أو أسلمت، وهذا قول محمد بن الحسن، لكن المفتى به عند الحنفية أن يقول اليهودي والنصراني: أنا مسلم، لأن ذلك دليل إسلامه فعلاً.

ما يترتب على الدخول في الإسلام

يترتب على قبول الإسلام عصمة الدماء والأموال أي توافر الأمان، فيعصم الشخص حينئذ دمه وماله وأولاده الصغار، لأن الطفل تابع لخير الأبوين ديناً بالاتفاق، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم﴾ [الطور: ٥٢/ ٢١].

وأما زوجته وأولاده الكبار: فلهم حكم أنفسهم كفراً وإسلاماً، لقوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيِٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٥٢/ ٢١].

انتهاء القتال بالأمان

الأمان **لغة**: ضد الخوف، **وشرعاً** هو: عقد يفيد ترك القتل والقتال مع الحربيين. وركنه: اللفظ الدال على الأمان، مثل قول المسلم لغيره: أنت آمن، أو أمنتك وهو نوعان: عام وخاص.

العام: ما يكون لجماعة غير محصورين، كأهل إقليم أو ولاية، ولا يعقده إلا الإمام أو نائبه، مثل عقد الهدنة الذي هو مؤقت وعقد الذمة (الجزية) الذي هو مؤبد لصلته بالمصلحة العامة.

والخاص: ما يكون للواحد أو لعدد محصور، كعشرة فما دون، ولا يجوز لأكثر من ذلك، كأهل بلد كبير، لما فيه من افتئات على الإمام.

شروطه

يشترط فيه في رأي الحنفية أربعة شروط:

١- أن يكون المسلمون في حال ضعف والكفار في حال قوة.

٢- والعقل: فلا يجوز أمان المجنون وغير المميز، لعدم أهلية التصرف.

٣- والبلوغ عاقلاً، فلا يصح أمان الصبي المميز أو المريض فكرياً.

٤- الإسلام: فلا يصح أمان الكافر ولو ذمياً، لأنه متهم في رعاية مصلحة المسلمين.

ولا تشترط الحرية والذكورة، فيصح أمان العبد، والمرأة، لقوله ﷺ: «إن المرأة لتأخذ للقوم» يعني تجير على المسلمين، وقوله: «قد أجرنا من أجرتِ يا أم هانئ».

ولا تشترط السلامة عن العمى والزمانة والمرض، فيصح أمان الأعمى والزمن والمريض، ولا يصح أمان التاجر في دار الحرب، والأسير فيها، والحربي الذي أسلم في دار الحرب، لأنهم متهمون في تحقيق مصلحة المسلمين، لكونهم في قهر العدو وسلطته.

حكمه

يقتضي الأمان ثبوت الأمن والطمأنينة للمستأمنين، فيحرم قتل رجالهم، وسبي نسائهم وأولادهم، واغتنام أموالهم، ولا تضرب الجزية عليهم، لأن ذلك غدر، والغدر حرام.

ويدخل عند الجمهور في الأمان نفس المستأمن وماله، وكذا عند الشافعية أهله بلا شرط، إن كان المؤمِّن هو الإمام، والأمان يتبع الشرط عند المالكية.

رقابة الإمام أو الدولة: للإمام مراقبة كل أمان صادر من الشخص الفرد العادي، ولاسيما أمان المرأة والعبد والصبي ونحوهم.

صفة الأمان

الأمان في رأي الحنفية غير لازم، فله نقضه إن رأى مصلحة في ذلك، وفي رأي الجمهور: هو عقد لازم من جانب المسلمين، ما لم يقع ضرر من المستأمن.

نقضه

ينتهي الأمان المؤقت لمدة معلومة بانتهاء المدة، من غير نقض، وأما الأمان المطلق غير المحدد بوقت: فينتقض عند الحنفية إما بنقض الإمام وإخبار العدو به، وإما بطلب العدو نقضه.

وللإمام عند الجمهور نبذ الأمان (إنهاؤه أو نقضه) إذا حدث فقط ضرر للمسلمين لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَآئِنِينَ ﴿٥٨﴾﴾ [الأنفال: ٨/ ٥٨].

مدته

لا يمكّن المستأمن من الإقامة في ديار المسلمين سنة فما فوقها، لئلا يصير جاسوساً للأعداء، فإن أقام سنة أخذت منه الجزية، وصار ذمياً، لأن عقد الذمة لا ينقض.

فإن ترك بلاد المسلمين وعاد إلى دار الحرب، صار دمه مباحاً كالحربيين، وأما ماله المودع في دار الإسلام فيصير موقوفاً، أي مجمداً، فإن أسر أو قتل، سقطت ديونه، ويستحقها الحائز، وتصير الوديعة ونحوها في دارنا فيئاً للجماعة (أو للدولة) تبعاً لنفسه.

المصلحة فيه

يرى الحنفية أن الأمان يكون لمصلحة، لاستمرار الحرب مع العدو، ويكفي عند الجمهور عدم وجود الضرر، فلا يجوز الأمان لجاسوس ونحوه.

مكانه

إذا كان المؤمِّن هو الإمام أو أمير الجيش، فمكان الأمان دار الإسلام، فيحق

للمستأمن التنقل في جميع البلاد الإسلامية إلا إذا حدد في موطن معين أو كان القيد شرعياً.

ففي رأي أبي حنيفة: يجوز للكافر دخول أي مكان في دار الإسلام، حتى أرض مكة والمسجد الحرام، لأن المراد من آية: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾النهي عن حج المشركين وعمرتهم كما كانوا يعملون في الجاهلية، وليس المراد النهي عن دخول المسجد الحرام.

وأجاز المالكية لغير المسلم دخول حرم مكة دون البيت الحرام، بأمان لمدة ثلاثة أيام، أو بحسب الحاجة في تقدير المصلحة من الإمام.

ولكن لا يجوز له الاستيطان في جزيرة العرب، لعموم حديث عمر: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب، حتى لا أدع إلا مسلماً»[١].

ومنع الشافعية والحنابلة غير المسلم من دخول حرم مكة مطلقاً، للآية المتقدمة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٩/ ٢٨].

انتهاء القتال بالهدنة

الهدنة هي: مصالحة أهل الحرب على ترك القتال مدة معينة بعوض أو غيره، سواء فيهم من يقر على دينه ومن لم يقر، دون أن يكونوا تحت حكم الإسلام.

وعاقدها هو: الإمام أو نائبه باتفاق الفقهاء.

ركنها: الإيجاب والقبول بين الإمام أو نائبه، وحاكم الأعداء.

شرطها: أن يكون المسلمون في حال ضعف، والكفار أقوياء، لأن الهدنة أو الموادعة ترك القتال، فلا يجوز إلا في حال يقع وسيلة إلى القتال.

---

(١) رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه عن عمر رضي الله عنه.

والمصلحة كما تتحقق حال ضعفنا، تتحقق بأغراض أخرى، كرجاء إسلام الكفار، أو عقد الذمة، أو التعاون معهم لدفع عدوان غيرهم، أو لإقرار السلام، وتبادل المنافع الاقتصادية ونحوها، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٨/ ٦١] وقوله سبحانه: ﴿فَلَا تَهِنُواْ وَتَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ وَٱللَّهُ مَعَكُمْ﴾ [محمد: ٤٧/ ٣٥].

وقد وادع الرسول ﷺ أهل مكة عام الحديبية على إنهاء الحرب عشر سنين.

ويجوز الصلح ببدل يدفعه المسلمون إلى الكفار عند الاضطرار، أو يدفعه الأعداء للمسلمين إذا كان في الدفع مصلحة للمسلمين، لأن الله تعالى أباح لنا الصلح مطلقاً في قوله المتقدم: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ فيجوز ببدل أو بغير بدل.

حكمها

يترتب على الهدنة إنهاء الحرب بين المتحاربين، ويأمن الأعداء - كما في عقد الأمان - على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وأولادهم، لأن الموادعة عقد أمان أيضاً.

صفتها

يرى الحنفية أن الهدنة عقد غير لازم محتمل للنقض، فللإمام أن ينبذ عهد الكفار إليهم، كلما رأى في النبذ مصلحة للمسلمين لقوله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ﴾ [الأنفال: ٨/ ٥٨].

وإن نقض جماعة منهم العهد: فإن كان نقضهم بإذن ملكهم، صاروا ناقضين للعهد، لأنه باتفاقهم من حيث المعنى.

وإن لم يكن نقضهم بإذن ملكهم، ودخلوا بلادنا، وقطعوا الطريق، وكان لهم منَعة، وقاتلوا المسلمين علانية، يكون فعلهم نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم، فإن لم يكن لهم مَنَعة، حوربوا، ولم يعد ذلك نقضاً للعهد.

وذهب الجمهور: إلى أن الهدنة عقد لازم لا يجوز نقضه إلا إذا وجدت خيانة أو غدر من العدو، بأمارات عليه، فإن لم توجد وجب الوفاء لهم بالعهد، عملاً بمبدأ النبذ (طرح العهد) في آية: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً﴾..

نقضها

يرى الحنفية أن الهدنة المؤقتة تنتهي بانتهاء المدة المحددة دون حاجة إلى النبذ. وإن كانت مطلقة غير معينة المدة، فيمكن أن تنتقض صراحه من المسلمين أو غيرهم بنبذ العهد، أو تنتقض ضمناً بأن يوجد من الأعداء ما يدل على النبذ، كقطع الطريق من جماعة منهم بإذن مليكهم. أي لا تنتقض الهدنة إلا بخيانة العدو متفقين. والخيانة: كل ما ناقض العهد والأمان مما هو شرط فيه أو جرى به العرف والعادة، كقتال المسلمين أو التعاون مع عدو عليهم.

وذهب الجمهور: إلى أن الهدنة تنتقض إذا نقضها العدو بقتال أو بمناصرة عدو آخر، أو قتل مسلم أو أخذ مال، أو بسب الله تعالى أو القرآن أو الرسول، أو التجسس على المسلمين، أو الزنا بمسلمة ونحو ذلك.

ودليلهم قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَقَـٰمُوا۟ لَكُمْ فَٱسْتَقِيمُوا۟ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٩/٧] وقوله سبحانه: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ عَـٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْـًٔا وَلَمْ يُظَـٰهِرُوا۟ عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوٓا۟ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٩/٤].

ومن الأدلة: ما رواه البيهقي وغيره أنه لما نقضت قريش عهد النبي ﷺ في صلح الحديبية، خرج إليهم، فقاتلهم وفتح مكة، بسبب تأييد بعضهم لبعض، وروى البيهقي أيضاً أن بني النضير لما أرادوا قتل الرسول ﷺ بإلقاء الجدار عليه، نقض عهدهم.

مدتها

الهدنة عقد مؤقت مقدر بمدة معينة، لكن اختلف الفقهاء في تقدير المدة على رأيين:

- يرى الشافعية والحنابلة التفصيل: إن كان بالمسلمين قوة، فتجوز الهدنة لمدة أربعة أشهر فما فوقها إلى ما دون السنة، لقوله تعالى: ﴿بَرَآءَةٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ إِلَى ٱلَّذِينَ عَٰهَدتُّم مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ۝ فَسِيحُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [التوبة: ٩/١-٢] ولأن الرسول ﷺ هادن صفوان بن أمية أربعة أشهر عام الفتح[١]. ولا تبلغ المدة سنة، لأنها مدة تجب فيها الجزية.

وأما إن كان بالمسلمين ضعف: فتجوز لعشر سنين فما دونها بحسب الحاجة، لأن النبي ﷺ هادن قريشاً في الحديبية هذه المدة، فتصير هي غاية مدة الهدنة. فإن لم يقو المسلمون طوال تلك المدة، فلا بأس أن يجدد الإمام مدة مثلها أو دونها على رجاء أن يقووا.

- ويرى الحنفية والمالكية: أنه ليس للهدنة مدة معينة، إنما تقدير المدة راجع إلى اجتهاد الإمام بقدر الحاجة، لأن المهادنة عقد جاز لمدة عشر سنين، فتجوز الزيادة عليها كعقد الإجارة.

انتهاء القتال بعقد الذمة

الذمة في اللغة: العهد، وهو الأمان والضمان والكفالة، **وعند الفقهاء**: هو التزام تقرير الكفار في ديارنا وحمايتهم، والذبّ عنهم، ببذل الجزية، والاستسلام من جهتهم.

وعاقدها هو: الإمام أو نائبه، لأنها من المصالح العظمى التي تحتاج إلى نظر واجتهاد.

ركنها: إما لفظ صريح يدل على العقد مثل لفظ العهد والعقد على أسس معينة، وإما فعل يدل على قبول الجزية.

شروطها: ثلاثة

---

(١) تلخيص الحبير لابن حجر ٤/ ١٣١.

١- ألاَّ يكون المعاهد من مشركي العرب، فإنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتال، لقوله تعالى عنهم: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ٤٨/١٦].

وإنما يعقد عقد الذمة عند الجمهور مع أهل الكتاب وشبههم من المجوس، لقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ٢٩﴾ [التوبة: ٩/٢٩].

ويعقد مع المجوس لقول عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[١].

ويرى المالكية: أن الجزية تؤخذ من كل كافر، سواء كان من العرب أم من العجم، من أهل الكتاب، أو من عبدة الأصنام، لحديث بُرَيْدة المتقدم: «وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال..» فقوله: «عدوك» عام يشمل كل كافر.

٢- ألا يكون المعاهد مرتداً: لأن حكمه القتل إذا لم يتب، لقوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»[٢]. وهذا شرط متفق عليه.

٣- أن يكون العقد مؤبداً: فإن أقّت الصلح لم يصح العقد، لأن عقد الذمة بديل عن الإسلام، والإسلام مؤبد، فكذا بديله وهو عقد الذمة.

شروط المكلفين بالجزية

تشترط خمسة شروط: أهلية العقل والبلوغ، والذكورة، والصحة والمقدرة المالية، والسلامة من العاهات المزمنة كالمرض المزمن والعمى والشيخوخة،

---

(١) رواه مالك في الموطأ والشافعي، وهو منقطع ورجاله ثقات، ورواه البزار والدارقطني وابن أبي شيبة مرسلاً.

(٢) رواه الجماعة إلا مسلماً.

والحرية، فلا جزية على صبي ومجنون، ومعتوه، وامرأة، وزمن وأعمى ومفلوج وشيخ كبير، وعبد، وفقير لا كسب له، وراهب لا يخالط الناس.

ما يترتب على عقد الجزية

يترتب على عقد الذمة إنهاء الحرب بين المسلمين وغيرهم وعصمة نفوس الكفار وأموالهم وبلادهم وأعراضهم، فلا تستباح بعده أبداً، لحديث بُرَيْدة السابق: «فادعهم إلى أداء الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم» ولأن الغاية الجوهرية التوصل إلى السلام والأمان، فإذا تحقق ذلك، تحقق الهدف الأصلي من الجهاد. قال علي رضي الله عنه: «وإنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا، ودماؤهم كدمائنا»(١).

يؤكد ذلك حديث أسامة عن النبي ﷺ قال: «ألا من ظلم معاهداً، أو انتقصه، أو كلفه فوق طاقته، أو أخذ شيئاً بغير طيب نفس منه، فأنا حجيجه يوم القيامة»(٢).

مقدار الجزية

للعلماء في تقدير الجزية اتجاهان:

١- اتجاه الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة): أن الجزية على الغني أربعة دنانير في العام كله، وهي ثمانية وأربعون درهماً من الفضة، بتقدير الدينار اثني عشر درهماً مقسطة على الأشهر، في كل شهر أربعة دراهم، وعلى المتوسط الحال أربعة وعشرون درهماً، في كل شهر درهمان، وعلى الفقير المعتمل (المكتسب) اثنا عشر درهماً، مقسطة على الأشهر، في كل شهر درهم.

ولكن المالكية قالوا: أربعة دنانير في كل عام، على كل واحد من أهل

---

(١) رواه الدارقطني بلفظ «من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا».

(٢) رواه أحمد وأبو داود والبيهقي.

الذهب، وأربعون درهماً على أهل الفضة، بتقدير كون الدينار عشرة دراهم.

ودليلهم فعل عمر رضي الله عنه الذي قسم أهل الذمة ثلاث طبقات، وهم: الموسرون، والمتوسطون، والفقراء العاملون.

٢- **اتجاه الشافعية**: أن أقل الجزية دينار واحد في العام، لحديث معاذ بن جبل: «أنه ﷺ لما وجهه إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله من المعافر»[1] وهي ثياب يمنية، نسبة إلى حي من همدان في اليمن، تنسب إليه الثياب المعافرية.

والتقدير بالأقل على هذا النحو يتفق مع الرأي الأول.

ويجب أداء الجزية عند الحنفية في أول السنة لحماية الذميين وفي بقية المذاهب: في آخر السنة كالزكاة.

صفة عقد الذمة

اتفق الفقهاء على أن عقد الذمة عقد لازم من جهة المسلمين، فلا ينقض، وأما بالنسبة لغير المسلمين فهو عقد غير لازم، ولا ينتقض عند الحنفية إلا بأحد أمور ثلاثة وهي: أن يسلم الذمي، أو يلحق بدار الحرب، أو يغلب الذميون على موضع، فيحاربوننا، ولا ينتقض بغير ذلك كالامتناع من أداء الجزية أو ارتكاب معصية.

ويرى الجمهور: أن عهد الذمي ينتقض بمنعه أداء الجزية، أو امتناعه من تطبيق أحكام الإسلام العامة، أو بالاجتماع على قتل المسلمين، لأن هذه الأمور من مقتضى العقد، فارتكابها يخالف مقتضى العقد، فينقض.

لكن الشافعية ذكروا أن عهد الذمة لا ينتقض بارتكاب المعاصي إذا لم يشترط النقض في العقد، فإن اشترط وخولف انتقض العهد.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي والبيهقي والدارقطني، وصححه ابن حبان والحاكم.

مسقطات الجزية

تسقط الجزية بأحوال أهمها ثلاثة:

١- بالدخول في الإسلام اتفاقاً، لحديث: «ليس على مسلم جزية»[١].

٢- بالموت: في رأي الحنفية والمالكية، لأنها في رأيهم عقوبة فتسقط بالموت كالحدود، وفي بقية المذاهب لا تسقط، لأنها دين وجب في الحياة، فلم يسقط كديون الناس.

٣- بمضي السنة ودخول سنة أخرى، لأنها عقوبة، فتتداخل مع بعضها كالحدود، وهذا رأي أبي حنيفة، ولا تتداخل في بقية الآراء، لأنها عوض.

حكم الأنفال والغنائم

يثير هذا الموضوع ضرورة بيان معاني أربعة ألفاظ أولاً وهي: النفَل والسلَب والفيء والغنيمة.

النَّفَل

في **اللغة**: الزيادة، **وفي الاصطلاح** هو: ما خصه الإمام لبعض المجاهدين تحريضاً لهم على القتال، سمي نفلاً، لكونه زيادة عن حصة الغنائم.

والتنفيل: تخصيص بعض المجاهدين بالزيادة. وهو جائز شرعاً، لما فيه من تحريض على القتال، ويجوز في سائر الأموال النقدية والمنقولة.

ولا بأس بالتنفيل حال القتال أو قبله، فيقول لواحد أو سرية من فعل كذا فله كذا، من قتل عدو أو فتح حصن، شداً للعزائم والاستبسال.

السَّلَب

هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه، ودابته التي يركبها وما عليها، وما كان معه من مال.

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والبيهقي والدارقطني، وذكر الترمذي أنه مرسل.

ومذهب الحنفية والمالكية: أن التنفيل لا يكون إلا بإذن الإمام الحاكم، وإلا فهو من جملة الغنيمة لمستحقيها.

ومذهب الشافعية والحنابلة: أن القاتل يستحق سلب المقتول في كل حال، دون إذن الإمام، لعموم قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»(١)، ومنشأ الخلاف: هل هذا القول صادر بطريق الإمامة والسياسة أو بطريق التبليغ والنبوة أو الفتيا. وهذا جارٍ في حديث آخر: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»(٢).

ويشترط لجواز التنفيل: أن يكون في شخص مباح القتل، لا في غير المقاتلة كالصبي والمرأة والمجنون ونحوهم.

وأن يكون قبل حصول الغنيمة في أيدي الغانمين، فإن حصلت في أيديهم، فلا نفل إلا من الخمس ونحوه.

وحكم التنفيل: اختصاص القاتل بالنفل، ولا يتم تملكه عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا بالإحراز في دار الإسلام، وعند محمد: يتم تملكه قبل الإحراز بدارنا.

والفيء

في **اللغة**: الرجوع، **واصطلاحاً** هو: المال الذي يؤخذ من الحربيين من غير قتال، أي بطريق الصلح كالجزية والخراج.

وكان الفيء لرسول الله ﷺ خاصة، يتصرف فيه كيف شاء، لقوله تعالى: ﴿وَما أَفاءَ الله عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَما أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلا رِكابٍ وَلَكِنَّ الله يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشاءُ وَالله عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الحشر: ٥٩/٦].

والغنيمة

في **اللغة**: الفوز بالشيء بلا مشقة، **واصطلاحاً** هي: ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة، ولها حكمان مهمان:

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والحاكم عن أنس رضي الله عنه.

(٢) رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها، وروي عن سبعة آخرين من الصحابة.

الحكم الأول - ثبوت الحق والملك فيها

يتدرج عند الحنفية حق الغانمين في تملك الغنائم في ثلاث مراتب:

الأولى - ثبوت أصل الحق العام، والثانية - تأكد هذا الحق، والثالثة: تخصص كل مجاهد بحصة، وثبوت المرتبة الأولى: بمجرد الأخذ والاستيلاء، والثانية: بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة، والثالثة: بالإحراز والقسمة، لأن القسمة: إفراز الأنصباء وتعيينها.

وعند بقية المذاهب: تنتقل ملكية أموال العدو إلى الغانمين بمجرد الاستيلاء، ولو قبل الإحراز بدار الإسلام.

يتفرع على هذا الخلاف: أنه لو مات مجاهد في دار الحرب لا يورث نصيبه عند الحنفية، ولا يجوز للإمام بيع شيء من الغنائم، ومن أتلف شيئاً لا يضمنه، ويشارك المدد بقية الجيش في قسمة الغنيمة إذا لحق المدد في دار الحرب، لأن ملكية الأموال لا تزول عندهم إلا بالإحراز بدار الإسلام.

عند بقية المذاهب: يثبت خلاف هذه الأحكام، لتوافر سبب الملك وهو الاستيلاء التام.

الانتفاع بالغنيمة في دار الحرب

يجوز بعد الاستيلاء عند الحنفية الانتفاع بالغنائم قبل الإحراز في دار الإسلام، بالأكل والشرب والعلف والحطب، لعموم حاجة الغانمين.

ولا يملكون بيع شيء من الغنائم لعدم الضرورة، ويرد الثمن إلى الغنيمة إن حدث قبل القسمة. وأما بعد القسمة فالغني يتصدق بالقيمة على الفقراء، والفقير له أخذ القيمة، لأن له حق أكله.

ولا يجوز للمجاهدين أن يأخذوا شيئاً من الغنيمة، عدا الطعام والعلف لتعلق

حاجة الجماعة بها، لكن يجوز للمجاهد استعمال السلاح والدواب والثياب لصيانة ما عنده، ثم يرده إلى المغنم.

وإذا تعذر نقل الأسلحة والمواشي إلى دار الإسلام أتلفوها لئلا يستفيد منها العدو.

الحكم الثاني - كيفية القسمة ومكانها

تقسم الغنيمة في الماضي حيث كان الجهاد تطوعاً خمسة أقسام، الخمس لمن ذكرتهم آية الغنائم: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمْ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ وَمَآ أَنزَلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ ٱلْفُرْقَانِ يَوْمَ ٱلْتَقَى ٱلْجَمْعَانِ ۗ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ ﴿٤١﴾﴾ [الأنفال: ٨/ ٤١].

والأربعة الأخماس الباقية للغانمين.

ويوزع الخمس بحسب طرائق ثلاث للفقهاء:

١- يرى المالكية: أن أمر القسمة موكول إلى رأي الإمام، ويفعل ما يراه مصلحة.

٢- ويرى الحنفية: أن الخمس في عهد النبوة كان يقسم إلى خمسة أسهم: سهم الله والرسول، كان يأخذ منه الرسول كفايته لنفسه وأهله، ويدخر منه مؤنة سنة. وأما ذكر الله تعالى فهو افتتاح كلام، تبركاً باسمه تعالى، وسهم ذي القربى وهم بنو هاشم وبنو عبد المطلب، دون بني عبد شمس وبني نوفل، لأن الأوائل لم يفارقوا الرسول ﷺ في جاهلية ولا إسلام، كما قال النبي ﷺ، وشبَّك بين أصابعه[١]، ويصرف اليوم في المصالح العامة. وكان يصرف للفقراء منهم دون

---

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن جبير بن مطعم رضي الله عنه.

الأغنياء في رأي الحنفية، ويشترك الغني والفقير والنساء في سهم القرابة في رأي الجمهور لإطلاق الآية: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾.

ويرى الجمهور أيضاً أن سهم الرسول يصرف في المصالح العامة كالأسلحة في سبيل الله وهو الجهاد، وسهم القربى يظل ثابتاً لهم.

وأصبح الخمس في رأي الحنفية يقسم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل.

ويوزع في رأي الشافعية والحنابلة والظاهرية على خمسة أسهم: سهم المصالح (سهم الله ورسوله) وسهم ذوي القربى، والثلاثة الأسهم الباقية كما قال الله تعالى.

والأربعة الأخماس للغانمين: تعطى للرجل المسلم المقاتل الذي دخل المعركة على قصد القتال، للفارس سهمان، وللراجل سهم واحد في رأي الحنفية، لحديث ضعيف عند الدارقطني: «للفارس سهمان، وللراجل سهم» وللفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم واحد في رأي الجمهور، بدليل أن الرسول ﷺ أسهم يوم حنين: للفارس ثلاثة أسهم، للفرس سهمان وللرجل سهم[١].

ويتحدد وصف المقاتل فارساً أو راجلاً في رأي الحنفية: بوقت دخوله دار الحرب بقصد الجهاد، إلا إذا باع الفارس فرسه أو آجره أو وهبه أو أعاره، فقاتل راجلاً، فيستحق سهم راجل.

وفي رأي الجمهور: يتحدد وصف المقاتل بحضور المعركة بنيته القتال، وإن لم يقاتل مع الجيش، لقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما: «إنما الغنيمة لمن شهد الوقعة»[٢].

---

(١) رواه ابن ماجه والبيهقي.

(٢) رواه الشافعي وابن أبي شيبة، وهو موقوف على الصحيح.

فلو لحق المدد بالمسلمين بعد انقضاء القتال، فيستحقون حصتهم من الغنيمة عند الحنفية، لعدم إحرازها في دار الإسلام، ولا يستحقون شيئاً عند الجمهور.

ومكان قسمة الغنائم: عند الحنفية في دار الإسلام، لا في دار الحرب، لأن تمام الاستيلاء لا يكون إلا بالإحراز في دار الإسلام. وعند الجمهور: يجوز قسمة الغنائم في دار الحرب بعد انهزام العدو، بل إنه يستحب، لأن النبي ﷺ قسم غنائم حنين في الجِعْرانة[١] حيث اعتمر منها، وفي ذي الحليفة (ميقات أهل المدينة)[٢] وقسم أموال بني المصطلق في ديارهم[٣].

حكم الأسرى والسبي

الأسرى هم: الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بأسرهم أحياء. والسبي هم: النساء والأطفال.

حكم السبي

كان السائد بين الأمم في الماضي إما قتل السبي أو استرقاقهم، أو المن أو الفداء.

أما **الاسترقاق**: فقد انتهى ولله الحمد من العالم بعد معاهدة ١٩٥٢م بإلغاء الرق.

وأما **القتل**: فإن فقهاء الحنفية لا يجيزون قتل السبي بعد الأسر، كما لا يجوز قتلهم أثناء المعركة، لأن القتل حينئذ بطريق العقوبة، وهم ليسوا من أهل العقوبة، وأجاز الجمهور قتلهم بعد الأسر إن قاتلونا بالفعل أو الإمداد أو الرأي، لوجود العلة وهي المقاتلة.

---

(١) رواه البخاري عن أنس رضي الله عنه، والجعرانة: واد بينه وبين مكة ثلاثة أميال.

(٢) رواه البخاري.

(٣) رواه البيهقي، وذكره الشافعي في الأم.

وأما **المن** (إطلاق السراح دون مقابل) فيجوز مطلقاً للإمام عند المالكية، وكذا عند الشافعية والحنابلة إن استطاب الإمام أنفس الغانمين، إما بالعفو عن حقوقهم أو بمال يعوضهم من سهم المصالح.

ولم يجز الحنفية المن عليهم على عكس المالكية، حتى لا يعودوا حرباً من جديد على المسلمين، لتوالد النساء، وبلوغ الصبيان.

وأما **الفداء** (المبادلة بأمثالهم أو بالمال): فأجازه المالكية مطلقاً. وكذا الشافعية بعد تعويض الغانمين عنهم من سهم المصالح، لأن الرسول ﷺ سبى نساء بني قريظة وذراريهم (أطفالهم) فباعهم للمشركين، ولم يجز الحنفية والحنابلة الفداء بهم.

حكم الأسرى

كان الشائع في الماضي إما قتل الأسرى أو استرقاقهم أو المن أو الفداء.

أما **الاسترقاق** فلم يعد قائماً الآن، والإسلام يرحب بتحريم الرق، لأنه دين يتعطش إلى الحرية.

وأما **القتل**: فما يزال قائماً في عصرنا لمن يعرفون بمجرمي الحرب. فلم يبق إلا المن أو الفداء.

لكن من الناحية التاريخية الفقهية: ذهب **الحنفية** إلى أن الحاكم مخير بين الأسرى في أمور ثلاثة: إما القتل، وإما الاسترقاق، وإما تركهم أحراراً ذمة للمسلمين، إلا مشركي العرب والمرتدين، فإنهم لا يسترقون، ولا تعقد لهم الذمة، ولكنهم يقتلون لقوله تعالى في شأنهم: ﴿سَتُدْعَوْنَ إِلَىٰ قَوْمٍ أُولِي بَأْسٍ شَدِيدٍ تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦/٤٨] ولقوله ﷺ: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[(١)].

---

(١) رواه مالك وعبد الرزاق والبيهقي وإسحاق بن راهويه وابن هشام عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ويرى **المالكية**: أن الإمام يتخير في الأسرى بما يراه مصلحة قبل قسمة الغنيمة بين أحد أمور خمسة: القتل، والاسترقاق، والمن، والفداء، وفرض الجزية عليهم.

ومذهب **الشافعية والحنابلة** وغيرهم: أن الإمام يفعل ما هو الأصلح من أحد أمور أربعة وهي: القتل، والاسترقاق، والمن، والفداء بمال أو أسرى، يفعل ذلك بالاجتهاد، لا بالتشهي.

القضاء وطرق الإثبات

القضاء وطرق الإثبات

يتطلب هذا بحث القضاء وآدابه وأحكامه، والدعوى وطرق الإثبات.

القضاء في المحاكم

تعريفه ومشروعيته، وشروط القاضي وحكم قبوله القضاء، وصلاحياته، وواجباته، وآدابه، وانتهاء ولايته.

تعريف القضاء ومشروعيته

القضاء **لغة**: انقضاء الشيء وإتمامه، أو الحكم بين الناس، والقاضي: الحاكم، **وشرعاً**: فصل الخصومات وقطع المنازعات.

وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المائدة: ٥/٤٩] وقوله سبحانه: ﴿وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾ [المائدة: ٥/٤٢] وقوله عز وجل: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا ١٠٥﴾ [النساء: ٤/١٠٥].

ولقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر»[١] وفي رواية للحاكم: «فله عشرة أجور». وروى البيهقي: «إذا جلس

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم عن عمرو بن العاص وأبي هريرة رضي الله عنهما.

الحاكم للحكم بعث الله له ملكين يسددانه ويوفقانه، فإن عدل أقاما، وإن جار عرجا وتركاه».

ونوع حكمه: أنه فريضة محكمة من فروض الكفاية بالاتفاق، فيجب على الإمام الحاكم تعيين قاض لفض المنازعات، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾ [النساء: ٤/ ١٣٥]. وكونه فرض كفاية: لأنه أمر بمعروف أو نهي عن منكر، وهما واجبان كفائيان.

شروط القاضي

يشترط كون القاضي عاقلاً بالغاً، حراً، مسلماً (في القضاء بين المسلمين) سميعاً، بصيراً، ناطقاً، واختلفوا في اشتراط العدالة، والذكورة، والاجتهاد، فلا يصح قضاء المجنون والمعتوه، والصبي، والعبد، وغير المسلم، والأصم، والأعمى، والأخرس.

ولا يصح عند الجمهور تولية الفاسق أو مرفوض الشهادة، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٤٩/ ٦].

وأباح الحنفية تولية الفاسق للقضاء، للحاجة، لكن ينبغي ألا يعين، لكن لا يعين في رأيهم المحدود في القذف وإن تاب القضاء، ولا تقبل شهادته.

واشترط الجمهور الذكورة، فلا تولى المرأة القضاء، لقوله ﷺ: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[١].

وأجاز الحنفية تولية المرأة قاضياً في مجال الأموال وعقود المعاملات لجواز شهادتها فيها ويأثم المولي لها، للحديث السابق، ولا تعين في القضاء الجنائي لعدم قبول شهادتها فيه.

---

(١) رواه أحمد والبخاري والنسائي والترمذي وصححه عن أبي بكرة رضي الله عنه.

واشترط الجمهور أهلية الاجتهاد في القاضي، فلا يولى الجاهل بالأحكام الشرعية، ولا المقلد مذهباً فقهياً دون معرفته بأدلة الإمام، للآية الكريمة: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾.

والمعتمد عند المالكية جواز تولية المقلد مع وجود المجتهد.

ولم يشترط جمهور الحنفية كون القاضي مجتهداً، وإنما هو شرط أولوية ندب، ومع هذا الخلاف فإن الواقع قد يلجئ إلى الرضا بمن لا تتوافر فيه هذه الشروط، فيولى الأمثل فالأمثل كما ذكر الحنفية، وينفذ قضاء الفاسق أو المقلد للضرورة كما ذكر الشافعية، لكن ينبغي الحرص على تولية الأفضل علماً وديانة وورعاً وعدالة وعفة وقوة لقوله ﷺ: «من تولى من أمر المسلمين شيئاً، فاستعمل عليهم رجلاً، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك، وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»[١].

حكم قبول القضاء

إذا تعين للقضاء واحد يصلح له في بلد، لزمه طلبه وقبوله، بالاتفاق، فإن امتنع عصى كسائر فروض الأعيان، وللحاكم إجباره، لاضطرار الناس إلى علمه ونظره.

وإن وجد أكثر من واحد كفء، جاز القبول والترك.

والترك أفضل في المذاهب الأربعة، لقوله ﷺ: «من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين»[٢].

لكن يندب طلب القضاء لعالم غير مشهور يرجو به نشر علمه بين الناس،

(١) رواه أحمد والحاكم وابن عدي والعقيلي والخطيب البغدادي عن حذيفة بن اليمان، ورواه الطبراني في معجمه عن ابن عباس.

(٢) رواه (الخمسة) أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

لتحصيل المنفعة بعلمه، كما يندب لمن كان محتاجاً إلى الرزق، لأن إحقاق الحق وإقامة العدل من أفضل الطاعات ذات الثواب الجزيل.

ويكره قبول القضاء لمن يخاف العجز عنه.

وذهب بعض العلماء: إلى أن قبول القضاء أفضل، لأن الأنبياء والرسل قاموا به، ومارسه الخلفاء الراشدون، ولنا فيهم قدوة، بل هو من أفضل العبادات، لقوله ﷺ: «يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يوماً»[١].

صلاحيات القاضي

كان القاضي في عهد السلف ينظر في المسائل المدنية والجنائية وأحكام الأسرة، والقضايا الإدارية، وحقوق الله تعالى (الحقوق العامة) فهو قاضٍ مدني وجنائي وشرعي وإداري ومحتسب. وهذا كان مناسباً للماضي بسبب قلة المسائل وقلة العدد.

أما اليوم فلا مانع من اختصاص القضاة، كل واحد في قضايا معينة، لإنجازها والتعمق في اختصاصها والدراية بها.

واجبات القاضي

أولاً - القضاء بالحكم الشرعي

على القاضي أن يقضي بما يثبت عنده أنه حكم الله تعالى: إما بدليل قاطع (وهو النص المفسر الذي لا شبهة فيه من الكتاب أو السنة أو الإجماع) وإما بدليل ظاهر موجب للعمل، كظواهر النصوص الشرعية.

فإن لم يوجد نص أو قياس، عمل باجتهاد إن كان مجتهداً، وله في رأي أبي حنيفة أن يقضي برأي مجتهد آخر أفقه منه.

---

(١) رواه إسحاق بن راهويه، والطبراني في الأوسط عن ابن عباس رضي الله عنهما.

وإن لم يكن مجتهداً، اختار قول الأفقه والأورع من المجتهدين بحسب اعتقاده.

صفة قضاء القاضي

يرى الجمهور أن قضاء القاضي ينفذ ظاهراً لا باطناً، لأننا مأمورون باتباع الظاهر، والله يتولى السرائر، فلا يُحل حكمه حراماً، ولا يحرم حلالاً، لقوله ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي بنحوٍ مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»[١].

وذهب أبو حنيفة رحمه الله: إلى أن القاضي إذا حكم بعقد أو فسخ أو طلاق، نفذ حكمه في الظاهر والباطن، لأن مهمته القضاء بالحق. وأما الحديث المتقدم فهو في قضية لا بينة فيها، فمن ادعى على امرأة أنه تزوجها، وأقام على زواجها شاهدي زور، فقضى القاضي بالزواج بينهما، وهما يعلمان أنه لا عقد بينهما، حل للرجل وطؤها، وحل لها التمكين. وكذلك لو قضى القاضي بالطلاق، فرّق بينهما في رأي أبي حنيفة، وإن كان الرجل منكراً، ويقاس عليه بقية العقود.

ثانياً - وسائل الإثبات

على القاضي التقيد بقواعد الإثبات المقررة شرعاً وهي البينة، والإقرار، واليمين، وكذا النكول عن اليمين من المدعى عليه في الأموال عند أبي حنيفة وبالنكول مع شاهد أو مع يمين المدعي أو مع يمين المدعي عليه.

وأما قضاء القاضي بعلم نفسه: فلا يقضي به عند الجمهور ومنهم متأخرو الحنفية في الأموال والحدود والأحوال الشخصية، سواء علم ذلك قبل القضاء أو بعده، بسبب وجود التهمة وفساد القضاة، لكن له أن يقضي بما علمه في مجلس

---

(١) متفق عليه.

القضاء كالإقرار طائعاً، ودليلهم على المنع حديث «فأقضي له بنحوٍ مما أسمع»[١] وحديث قضية الحضرمي والكندي: «شاهداك أو يمينه، ليس لك منه إلا ذاك»[٢].

والأظهر عند الشافعية أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث، في مجال الأموال وأحكام الأسرة، لا في الحدود لأنها تدرأ بالشبهات. ودليلهم على الجواز أنه إذا حكم القاضي بما يفيد الظن وهو الشاهدان، فقضاؤه بالعلم أولى.

وأما قضاء القاضي بكتاب قاض آخر إليه فيما ثبت عنده في الأموال فيجوز اتفاقاً، لأنه قد يكون لامرئ حق في غير بلده، ولا يمكنه إتيانه والمطالبة به إلا بكتاب القاضي، بشرط أن يشهد شاهدان عدلان على أن هذا الكتاب المرسل هو كتاب قاض، وأن يشهدهم بثبوت الحكم عنده على نحو معين.

وأجاز الإمام مالك أن يحكم القاضي بكتاب قاضٍ آخر في الحدود والقصاص أيضاً.

وهذا الكتاب له صورتان: كتابة الشهادة التي سمعها القاضي من الشهود، وكتابة صورة الحكم الذي حكم به على الشخص الغائب، لتنفيذ الحكم عليه.

وأما قضاء القاضي بالشهادة على الشهادة: فهو جائز بالاتفاق في الأموال، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٦٥/٢] وللحاجة إليها. ولا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود الخالصة لله عند الجمهور (غير المالكية) لأنها مبنية على الستر والدرء بالشبهات، والشهادة على الشهادة فيها شبهة.

وتقبل الشهادة على الشهادة في رأي المالكية في الحدود أيضاً، كالأموال، ولأن الشهادة على الشهادة مثل شهادة الأصل.

---

(١) رواه الجماعة عن أم سلمة رضي الله عنها.

(٢) رواه أحمد والشيخان عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه.

ثالثاً - واجبات القاضي نحو المقضي له

١- أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي: فلا يجوز للقاضي القضاء لمن لا تقبل شهادته له، كالقضاء لنفسه ولأصوله وفروعه، لوجود التهمة، وهذا رأي الأكثرين.

٢- أن يكون المقضي له حاضراً وقت القضاء: فإن كان غائباً لم يجز القضاء له إلا إذا كان عنه وكيل حاضر، لأن القضاء على الغائب لا يجوز عند الحنفية، فكذلك القضاء له.

٣- طلب المحاكمة (القضاء) من القاضي في حقوق الناس: لأن القضاء وسيلة إلى الحق، وحق الإنسان لا يستوفى إلا بطلبه.

رابعاً - واجبات القاضي نحو المقضي عليه

يجب على القاضي ألا يحكم على من لا يجوز أن يشهد عليه، فلا يقضي على عدوه، وعليه عند الحنفية أن يقضي على حاضر، فلا يقضي على الغائب بالبينة إذا لم يكن عنه وكيل حاضر كوكيله ووصيه ومتولي الوقف أو نائبه، للحديث المتقدم: «فإنما أقضي له بحسب ما أسمع» وحديث علي حين أرسله النبي إلى اليمن فقال له: «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر»[1].

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة (الجمهور): القضاء على الغائب البعيد الغيبة، بشرط أن يكون للمدعي بينة، في الأموال والعقود، لا في الحدود الخالصة لله تعالى، فلا يقضى على الغائب بها، لبنائها على المسامحة والدرء والإسقاط، لاستغنائه تعالى، بخلاف حق الإنسان، فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال، حكم عليه بالمال دون القطع.

ودليلهم حديث هند بنت أبي سفيان قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وقال: هذا حسن صحيح.

شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي؟ قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١] فقضى لها الرسول عليه الصلاة والسلام، ولم يكن زوجها حاضراً. وصح عن عثمان وعمر رضي الله عنهما القضاء على الغائب، كما قال ابن حزم، ولأن المعول عليه في القضاء على البينة.

والغيبة البعيدة كما ذكر الشافعية هي: أن يكون الغائب في مسافة بعيدة عن مكان القاضي، وهي التي لا يرجع منها مبكّر إلى موضعه الذي بكّر منه ليلاً بعد فراغ المحاكم وهي حوالي ٤٥كم، لما في إلزامه الحضور من المشقة.

آداب القضاة

هي نوعان: آداب عامة وآداب خاصة. وهي مستمدة من كتاب عمر رضي الله في القضاء إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.

الآداب العامة

هي المشاورة، والتسوية بين الخصمين في المجلس والإقبال، والامتناع من قبول الهدية ممن لا رحم محرم منه أو ممن لم يكن بينه وبينه مهاداة قبل القضاء، وعدم إجابة الدعوة الخاصة (وهي ما دون العشرة) أما الدعوة العامة كدعوة العرس والختان فله الإجابة، لأنها سنة، وله شهود الجنازة وعودة المريض، لقوله ﷺ: «حق المسلم على المسلم ست: رد السلام، وتشميت العاطس، وإجابة الدعوة، وعيادة المريض، واتباع الجنائز، وإذا استنصحك فانصح له»[٢].

أما المشاورة فللأمر العام بها في قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ٣/١٥٩] ولما رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «ما رأيت أحداً بعد رسول الله ﷺ أكثر مشاورة لأصحابه منه».

---

(١) متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه، عن أبي هريرة رضي الله عنه، ورواه أيضاً ابن حبان.

وأما التسوية بين الخصمين: فلقوله ﷺ: «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين، فليسوِّ بينهم في المجلس، والإشارة والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر»[١].

وترك قبول الهدية لأنها تؤدي عادة إلى التحيز لأحد الخصمين، ولقوله ﷺ: «هدايا العمال غلول»[٢] أو «..سحت» وفي رواية: «هدايا السلطان سحت».

الآداب الخاصة

أهمها: كون مكان القضاء فسيحاً بارزاً للناس، متناسباً للحر والبرد، لا مسجداً، تنزيهاً للمسجد عن اللغط، وإحضار ذوات الأعذار بالحيض والنفاس والجنابة، والصغار والمجانين، وغير المسلمين ونحوهم، لكن أجاز غير الشافعية القضاء في المساجد، اتباعاً لفعل النبي ﷺ والصحابة.

ومنها: اتخاذ أعوان القاضي من حارس ومحضر للخصوم، ومترجم، وكاتب صالح عدل، له معرفة بالفقه، ويخصص سجلاً خاصاً بالدعوى، يذكر فيه موضوع الدعوى، واسم المدعي والمدعى عليه، والشهود، ودفوع كل من الخصمين.

ومنها: فهم المنازعة بدقة، لقول عمر إلى الأشعري: «فافهم إذا أدلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له».

ومنها: كون القاضي في حال صفاء نفسيته، غير قلق ولا ضجر أو مضطرب وقت القضاء، ولا غضبان أو جائع أو عطشان أو نعسان أو متخم بالطعام أو خائف أو مريض، لأن هذه العوارض تمنع من إصابة الحق والفهم واستجماع

(١) رواه إسحاق بن راهويه في مسنده، وأبو يعلى، والدارقطني، والطبراني عن أم سلمة رضي الله عنها.

(٢) رواه أحمد والبيهقي وابن عدي والبزار من حديث أبي حميد الساعدي، وإسناده ضعيف.

الفكر واستحضار الأدلة، لقوله ﷺ: «إياك والضجر والقلق»[١] وقوله: «لا يقضي القاضي وهو غضبان»[٢].

ومنها: تزكية الشهود في رأي أبي حنيفة في الحدود والقصاص، لخطورتها وبعدها عن الشبهة، وأما غيرها فيكتفي بظاهر العدالة. وجعل الصاحبان التزكية من واجبات القضاة.

ومنها التوجيه نحو مصالحة الخصمين، لقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء: ٤/١٢٨] ولقول عمر رضي الله عنه: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن».

انتهاء ولاية القاضي

تنتهي ولاية القاضي بما تنتهي به الوكالة، كالعزل والموت والجنون المطبق، وإنجاز المهمة، إلا في شيء واحد وهو أن الموكل إذا مات أو خلع ينعزل الوكيل، أما ولي الأمر إذا مات أو خلع فلا ينعزل قضاته وولاته، لأنه كنائب عن جماعة المسلمين، وولايتهم باقية بعد موت الإمام. فلو استخلف القاضي شخصاً بإذن الإمام، ثم مات القاضي، لا ينعزل خليفته، لأنه نائب الإمام، لا نائب القاضي.

حبس المدين

يجوز حبس المدين الموسر الثابت يسره بالأدلة الشرعية، وكذا عند الجمهور المشكوك في أمره أهو معسر أم موسر؟ في ديون المعاوضات، كثمن مبيع ودين قرض، وطلب غرماؤه حبسه، وادعوا أن له مالاً يخفيه أو ينكره، ويخلى سبيله إذا

(١) ذكره السرخسي في المبسوط ١٦/ ٦٤ وهو من كتاب عمر لأبي موسى الأشعري المذكور في سنن البيهقي والدارقطني.

(٢) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) عن أبي بكرة رضي الله عنه.

ثبت عسره. والدليل حديث «مطل الغني ظلم، يحل عرضه وعقوبته»[١] والظالم يحبس.

ولا يحبس المدين المعسر أو المعدم الذي لا مال له، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٠] ولأنه لا فائدة من حبسه، فيكون ظلماً، وإنما يترك ليكتسب ويسدد دينه.

وكان أصل الحبس ملازمة الدائن مدينه عن قرب أي مراقبته ليعرف تحرك الأموال ثم اتخذ عمر رضي الله عنه السجن، فأقره الصحابة وأكثر العلماء.

❊ ❊ ❊

(١) رواه أصحاب الكتب عن أبي هريرة رضي الله عنه.

الدعوى والبينات

تعريف الدعوى ومشروعيتها وركنها وشروطها ونوعاها، وحكمها وتعارض الدعويين.

أما البينات فهي جمع بينة، وهي اسم لما يبين الحق ويظهره، إما بالأيمان وإما بالشهادات، لأن بهم يتبين الحق، وبحثها يكون بعد بيان الدعوى.

الدعوى

تعريف الدعوى ومشروعيتها وركنها

الدعوى **لغة**: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، أو هي الطلب والتمني، وتجمع على دعاوى ودعاوي، **وشرعاً**: إخبار بحق للإنسان على غيره.

وركنها: قول الرجل مثلاً: لي على فلان كذا، ونحو ذلك من الادعاءات.

وأصل مشروعيتها قول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[١] ولفظ مسلم: «ولكن اليمين على المدعى عليه».

شروطها

اشترط الحنفية لصحة الدعوى ستة شروط هي:

أن يكون المدعي عاقلاً (أو مميزاً)، وأن يكون الادعاء في مجلس القضاء، وأن تكون الدعوى على خصم حاضر عند سماع الدعوى والبينة والقضاء خلافاً للجمهور، وأن يكون المدعى به شيئاً معلوماً، وأن يكون موضوع الدعوى أمراً يمكن إلزام المدعى عليه به، وأن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت، لأن ادعاء ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة، تكون دعوى كاذبة، فمن ادعى على شخص

---

(١) حديث حسن رواه أحمد والبيهقي، ورواه مسلم والبخاري بلفظ آخر.

أكبر منه سناً أنه ابنه، لا تسمع دعواه، أو قال لمعروف النسب من غيره: هذا ابني، لا تسمع دعواه.

فلا تصح دعوى المجنون والمعتوه وغير المميز، كما لا تصح الدعوى عليهم، لعدم الأهلية، ولا تصح في غير مجلس القضاء، ولا تقبل الدعوى على غائب عند الحنفية، وتقبل عند غيرهم.

ولا تقبل الدعوى على شيء مجهول، لتعذر رد المدعي عليه على ادعاء المدعي، وتعذر شهادة الشهود على مجهول، وعدم تمكن القاضي من إصدار الحكم على شيء مجهول.

وإذا لم يمكن إلزام المدعى عليه بشيء، لم تقبل الدعوى، كادعاء إنسان أنه وكيل هذا الخصم عند القاضي في أمر ما، لأن الوكالة عقد غير لازم، فيمكنه عزل مدعي الوكالة في الحال.

نوعا الدعوى

الدعوى إما صحيحة وإما فاسدة:

الدعوى الصحيحة

هي التي استكملت شرائط الصحة المذكورة سابقاً، ويتعلق بها أحكامها المقصودة منها وهي: إحضار الخصم إلى المحكمة بواسطة أعوان القاضي، ومطالبته بالجواب على دعوى المدعي، وحلف اليمين، إذا أنكر المدعى عليه.

الدعوى الفاسدة أو الباطلة

هي التي لم يتوافر فيها أحد شروط الصحة المتقدمة، ولا تترتب عليها الأحكام السابقة منها، مثل كون المدعى به مجهولاً.

صفة المدعي والمدعى عليه

المدعي: هو من لا يجبر على الخصومة إذا تركها؛ لأنه مطالِب.

والمدعى عليه: هو من يجبر على الخصومة؛ لأنه مطلوب.

وبعبارة أخرى: المدعي: من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره، أو إثبات حق في ذمته، والمدعى عليه من ينكر ذلك.

حكم الدعوى

هو وجوب الجواب على المدعى عليه بقوله: لا أو نعم، فلو سكت، كان سكوته إنكاراً، فتقبل بينه المدعي، ويحكم له بها على المدعى عليه.

فإن **أقر** المدعى عليه بمحل الدعوى، حكم القاضي عليه، لأنه غير متهم في إقراره على نفسه، ويؤمر بأداء الحق لصاحبه.

وإن أنكر المدعى عليه، طلب القاضي من المدعي إثبات حقه بالبينة، فإن أقام البينة، قضى بها، لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة، وإن عجز المدعي عن تقديم البينة، وطلب يمين خصمه المدعى عليه، استحلفه القاضي، لقوله ﷺ للمدعي في قصة الحضرمي والكندي: «ألك بينة؟ قال: لا، قال النبي ﷺ: فلك يمينه»[1] أي يمين المدعى عليه.

تعارض الدعويين مع تعارض البينتين

يحدث التعارض في نوعين: دعوى الملك المطلق، ودعوى الملك المقيد: والملك المطلق: أن يدعي شخص الملك من غير أن يتعرض لسبب الملكية، كأن يقول: هذا ملكي، ولم يذكر سببه من شراء أو إرث أو نحوهما.

والملك المقيد بسبب: أن يدعي شخص ملكية شيء مع بيان سبب الملك كنتاج أو نكاح أو شراء أو إرث، وأذكر طريق الحل بإيجاز:

أولاً - التعارض في دعوى الملك المطلق

وفيه احتمالات ثلاثة:

(١) رواه البخاري ومسلم عن وائل بن حجر رضي الله عنه.

أ- إذا كان تعارض الدعويين بين الخارج (غير الحائز) والحائز (ذي اليد): وأقام كل منهما بيِّنة، تقدم عند الحنفية والحنابلة بينة الخارج وهو المدعي، إلا أن تكون بينة أحدهما أسبق تاريخاً، فتقدم عند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف).

وذهب المالكية والشافعية: إلى أنه تقدم بيِّنة الحائز (صاحب اليد) ترجيحاً للحيازة.

ب- إذا كان تعارض الدعويين بين غير الحائزين (غير الخارجين) عن الحائز (ذي اليد): فيقضى عند الحنفية بالشيء بينهما نصفين، إلا أن يكون تاريخ أحدهما أسبق، فيقضى له به.

وتسقط البينتان عند الجمهور لتناقض موجبيهما، ويحلف كل منهما يميناً عند المالكية والشافعية، ويقضى بالشيء بينهما نصفين، كما ذكر الحنفية.

وعند الحنابلة: يقترع المدعيان على اليمين، فمن خرجت له قرعته، حلف وأخذ العين المدعاة.

ج- إذا كان تعارض الدعويين بين الحائزين (صاحبي اليد): فيقضى بالشيء بين الحائزين (صاحبي اليد) نصفين، إلا أن تكون بينة أحدهما أسبق تاريخاً من بينة الآخر.

وعند الشافعية والحنابلة: تهاترت البينتان حينئذ، أي تساقطتا وبطلتا لتعارض موجبهما، وتقسم العين عند الحنابلة بينهما نصفين، لما روى أبو موسى الأشعري: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير، فأقام كل واحد منهما شاهدين، فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين»[١].

ويقضى عند الشافعية ببقاء الدار في يدهما كما كانت قضاء ترك، لأنه ليس أحدهما أولى بها من الآخر.

---

(١) رواه أبو داود.

ثانياً - التعارض في دعوى الملك بسبب

سبب الملك إما إرث أو شراء أو نتاج.

الحالة الأولى - دعوى الملك بسبب الإرث

أ- إذا كان التعارض بين الخارج وذي اليد: يقضى بالشيء عند الحنفية للخارج، إلا إذا كان تاريخ أحدهما أسبق من الآخر، فهو لصاحب الوقت الأسبق عند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف) كما تقدم في دعوى الملك المطلق.

ب- إذا كان التعارض بين الخارجين على ذي اليد: يقضى بالشيء كدار متنازع عليها بينهما نصفين، إلا إن كان تاريخ أحدهما أسبق فهو له عند الشيخين كما تقدم.

الحالة الثانية - دعوى الملك بسبب الشراء

أ- إذا كان التعارض بين الخارج وذي اليد: فيقضى عند الحنفية للخارج بالبينة، لأنه هو المدعي.

ب- إذا كان التعارض بين الخارجين على ذي اليد: يقضي بالشيء عند الحنفية بينهما نصفين، لاستوائهما في سبب الاستحقاق، إلا إذا أرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق، فيقضى لصاحب البيع المتأخر وقتاً، والبيع الثاني ينقض البيع الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ويحلف عند الشافعية كل منهما يميناً على نفي كون الشيء للآخر، لتساقط البينتين، ثم يقسم الشيء بينهما نصفين، لقضائه ﷺ بذلك[1].

الحالة الثالثة - دعوى الملك بسبب النتاج

النتاج: ولادة الحيوان، وحكمه عند الحنفية ما يأتي:

أ- أن يدعي الخارج وصاحب اليد نتاج دابة، وأقام كل منهما بيِّنة على النتاج

---

(١) صححه الحاكم مع شرط الشيخين.

من غير تاريخ أو أرخا تاريخاً واحد: فصاحب اليد أولى، لترجح يده على غيرها، ولحديث جابر: «أن رجلين اختصما في ناقة، فقال كل واحد منهما: نُتجت هذه الناقة عندي، وأقاما بينة، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده»[١].

ب- أن يثبت أحد المتنازعين بالبينة أن النتاج له والآخر يثبت الملك المطلق على النتاج، فبينة النتاج أولى، لأنها تثبت أولية الملك لصاحبه، فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه.

جـ - ادعاء النتاج من الخارجين على ثالث يدعي ملكاً مطلقاً: فهو بين الخارجين نصفين، لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

تصرفات العلو والسفل

يرى الإمام أبو حنيفة: أنه ليس لصاحب السفل أن يفعل شيئاً في ملكه، كفتح باب أو نافذة، أو دقّ وتد على الحائط إلا بإذن صاحب العلو، لأن حرمة التصرف في حقوق الغير لا تتوقف على وقوع الضرر.

ويرى الصاحبان: أن لصاحب السفل أن يفعل في ملكه ما يشاء إن لم يضر بصاحب العلو، لأن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه، فلا يمنع إلا لحق الغير، بدليل حديث «لا ضرر ولا ضرار»[٢].

---

(١) رواه الدارقطني والبيهقي، وإسناده ضعيف.

(٢) رواه مالك والشافعي مرسلاً عن عمر بن يحيى المازني عن أبيه، ورواه آخرون.

طرق الإثبات

طرق الإثبات في مجال القضاء هي: الشهادة، واليمين، والنكول عن اليمين، والشهادة مع اليمين، والإقرار، والقرائن والأمارات.

أما السند الرسمي (وجمعه أسناد) والعادي فهو نوع من الإقرار المؤكد بالشهادة، وأما الاستجواب والاعتراف فهو إقرار، وأما المعاينة والخبرة فهي نوع من الشهادات، وأما مبدأ القناعة الوجدانية فهو نوع من قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الحوادث. أو هو نتيجة الاعتماد على القرائن وغيرها.

وأبحث هذه الطرق تباعاً:

الشهادة

تعريفها وركنها وحكمها، وشروط تحملها وأدائها، والرجوع عن الشهادة، وعقوبة شاهد الزور، وشهادة غير المسلمين.

تعريف الشهادة وركنها ومشروعيتها وحكمها

الشهادة: مشتقة من الشهود بمعنى الحضور، وهي لغة: خبر قاطع.

وشرعاً: إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.

وركنها: لفظ «أشهد» وهو من ألفاظ اليمين، ويتضمن معنى المشاهدة أي الاطلاع على الشيء، ولا يقبل قوله: «شهدت» لأن ذلك إخبار عن الماضي، والشهادة: إخبار في الحال.

وهي مشروعة لقوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٦٥/ ٢] ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] أمر إرشاد لا وجوب.

ولقوله ﷺ لمدعٍ: «شاهداك أو يمينه»[١] وخبر آخر في السنة: «أنه ﷺ سُئل عن الشهادة، فقال للسائل: ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو دع»[٢].

وحكم الشهادة: وجوب القضاء بموجبها على القاضي بعد توافر شروطها. وأما حكم تحمل الشهادة وأدائها: فهو فرض كفائي إذا دعي الشهود إليه، لأنه لو تركه الجميع لضاع الحق. ولكن أداء الشهادة بعد التحمل فرض عين، فيلزم الشهود بأداء الشهادة، ولا يجوز لهم كتمانها إذا طالبهم المدعي بها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ۚ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] وقوله عز وجل: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ [الطلاق: ٦٥/ ٢].

ويجب أداء الشهادة حسبة بلا طلب في حقوق الله تعالى، كالطلاق البائن، والرضاع، والوقف، ورؤية هلال رمضان، والخلع، والإيلاء والظهار.

أما الشهادة في موجبات الحدود: فيخير فيها الشاهد بين الستر والإعلان، لأن الستر على المسلم أولى وأفضل، لقوله ﷺ للذي شهد عنده: «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»[٣]، وحديث آخر: «ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة»[٤].

وقد لقّن النبي ﷺ - كما تقدم - ماعزاً الرجوع عن الإقرار بقوله: «لعلك قبّلت أو غمزت أو نظرت» مما يدل على أفضلية الستر.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس، وقد سبق تخريجه.

(٢) رواه البيهقي والحاكم، ولكنه حديث واهٍ.

(٣) هذا قول النبي ﷺ لهزال الذي أشار على ماعز على أن يأتي النبي ويقر عنده، رواه أبو داود والنسائي وأحمد والحاكم والبزار والطبراني عن نعيم بن هزال.

(٤) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة مرفوعاً.

شروط تحمل الشهادة

تحمل الشهادة: عبارة عن فهم الحادثة وضبطها بالمعاينة أو السماع. ويشترط له ثلاثة شروط ذكرها الحنفية وهي:

أن يكون الشاهد عاقلاً (أو مميزاً) وأن يكون بصيراً وقت التحمل، وأن يعاين المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا فيما تصح فيه الشهادة بالتسامع من الناس والاستفاضة، للحديث السابق: «على مثلها فاشهد أودع».

فلا تصح شهادة المجنون والصبي الذي لا يعقل، لعدم تمام الفهم والإدراك.

ولا تصح شهادة الأعمى عند الحنفية والشافعية، لاشتباه نغمات الأصوات بعضها مع بعض، خلافاً للحنابلة الذين أجازوا للأعمى أن يشهد فيما يتعلق بالسماع كالبيع والإجارة وغيرهما، إذا عرف المتعاقدين وتيقن أنه كلاهما.

ولا يشترط لتحمل الشهادة عند الحنفية البلوغ والحرية والإسلام والعدالة وإنما هي شروط للأداء.

الشهادة بالتسامع

هي عند أبي حنيفة والجمهور أن يشتهر الخبر ويستفيض بين الناس وتتواتر به الأخبار ليحصل له نوع من اليقين. وعند الصاحبين: أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان.

ومن أمثلتها: النكاح، والنسب ، والولادة، والموت، ودخول الرجل على امرأته، وولاية القاضي وعزله، والملك، والوقف، والكفر، والسفه (التبذير) والرضاع، والبيع، والهبة، والوصية.

الشهادة على الكتابة

يترتب على شرط أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه الشاهد أنه لا يحل للشاهد عند أكثر العلماء أن يشهد على ما رآه من خط نفسه إلا أن يتذكر الشهادة، لتشابه الخطوط عادة.

شروط أداء الشهادة

تشترط شروط في الشاهد، وفي الشهادة نفسها، وفي مكان الشهادة.

شروط الشاهد

هي سبعة: أن يكون الشاهد بالغاً عاقلاً، حراً، مسلماً، بصيراً، ناطقاً، عدلاً، غير متهم بجلب نفع للمشهود له أو دفع ضرر عنه.

فلا تقبل شهادة غير العاقل كالمجنون والسكران والطفل، لعدم الثقة بقوله، ولا شهادة الصبي غير البالغ، لكن أجاز الإمام مالك شهادة الصبيان بعضهم على بعض، خلافاً لبقية الفقهاء، بشرط أن يتفقوا في الشهادة، وأن يشهدوا قبل تفرقهم، وألا يدخل بينهم كبير.

ولا تقبل عند الجمهور خلافاً للحنابلة والظاهرية شهادة العبد، لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ١٦/ ٧٥] ولعدم ولاية العبد على غيره، ودليل المخالفين عموم آيات الشهادة، وقيدها الحنابلة بغير الحدود والقصاص.

ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم، لأنه متهم في حقه، وأجاز الحنفية والحنابلة شهادة الكافر في الوصية في السفر، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ٥/ ١٠٦].

وأجاز الحنفية أيضاً شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إذا كانوا عدولاً في دينهم، وإن اختلفت مللهم كاليهود والنصارى، لأن «النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض»[1].

---

(١) رواه ابن ماجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وفي بعض رجاله مقال.

ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمي، لأنه لا ولاية له عليه وهو أعلى حالاً منه، وتقبل على العكس شهادة الذمي على الحربي المستأمن، وشهادة المسلم على المستأمن وعلى الذمي، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من دار واحدة. ولا تقبل عند أبي حنيفة ومحمد والشافعية شهادة الأعمى، لاشتباه الأصوات عليه، وأجاز المالكية والحنابلة وأبو يوسف شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت، لعموم الآيات الواردة في الشهادة.

ولا تقبل عند الجمهور شهادة الأخرس، لعدم التيقن فيها، وأجاز المالكية قبول شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته، لأنها تقوم مقام نطقه في نكاحه وطلاقه وظهاره.

ولا تقبل شهادة الفاسق لاشتراط العدالة في آيات الشهادة المتقدمة. والعدالة لغة التوسط، وشرعاً: اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر. ويكفي عند أبي حنيفة ظاهر العدالة، والمفتى به قول الصاحبين وهو أن يسأل القاضي عن الشهود في السر والعلانية في سائر الحقوق، صيانة للحكم القضائي عن النقض والإبطال بسبب الطعن في عدالة الشهود.

ولا تقبل شهادة نائحة في مصيبة غيرها بأجر، ولا مغنية ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها، ولا شهادة مدمن شرب الخمر لهواً، ولا شهادة من يلعب بالطيور، ولا شهادة من يغني للناس، ولا من يأتي كبيرة موجبة للحد كالزنا والسرقة، ولا من يدخل الحمام بغير إزار، ولا من يأكل الربا، ولا المقامر بالنرد (الزهر) والشطرنج، لحرمته، إلا عند الشافعي فهو مكروه، ولا شهادة من يخل بالمروءة كالبول على الطريق، والأكل على الطريق، ولا من يظهر سب السلف كالصحابة والتابعين لظهور فسقه.

فإذا تاب الفاسق قبلت شهادته، إلا المحدود في القذف في رأي الحنفية، فلا تقبل شهادته وإن تاب، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٢٤/٤]

ويرجع الاستثناء عندهم إلى الجملة الأخيرة وهو رفع صفة الفسق وتقبل شهادته عند الجمهور، لأن الاستثناء عندهم يعود بعد الجمل المتعاطفة بالواو إليها جميعاً إلا إذا خصص الحكم بالإجماع، وقد أجمع العلماء على أن الحد لا يسقط بالتوبة.

ولا تقبل شهادة المتهم وهي شهادة الوالد لولده وولد ولده، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده، ولا شهادة الخصم لخصمه: وهو كل من خاصم في حق وهي شهادة الوكيل لموكله، والموصى له للميت أو الموصى عليه وهو اليتيم في حجره ورعايته، ولا الشريك لشريكه في شؤون الشركة، لأنها شهادة لنفسه من وجه، لاشتراكهما في الشركة. وأجاز المالكية شهادة الشريك.

ودليل الجمهور حديث: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[١] وحديث: «لا تقبل شهادة بدوي على حضري»[٢] ولا تقبل شهادة العدو على عدوه بالاتفاق، لأن العداوة تورِّث التهمة، ولحديث: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غِمْر على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت»[٣]، والقانع: الذي ينفق على أهل البيت. وذو الغمر: صاحب الشحناء والحقد.

والعدو المردود الشهادة: هو صاحب العداوة الدنيوية، وهو من يبغض المشهود عليه بحيث يتمنى زوال نعمته، ويحزن بسروره، ويفرح بمصيبته.

ورد الجمهور شهادة أحد الزوجين للآخر، لانتفاع كل منهما بمال الآخر عادة، وأجازها الشافعية، لأن العلاقة طارئة كشهادة المستأجر وعكسه.

وتقبل شهادة الأخ والعم والخال ونحوهم من الأقارب، لعدم التهمة، فكان الواحد بالنسبة للآخر كالأجانب، وتقبل شهادة الصديق لصديقه بالاتفاق، وهو من صدق في ودّه، لضعف التهمة بالنسبة إليه.

---

(١) رواه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر، وهو منقطع.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود وعبد الرزاق والبيهقي، بإسناد حسن.

شروط في الشهادة نفسها وفي مكان الشهادة

يشترط في مكان الشهادة شرط واحد وهو أن تكون الشهادة في مجلس القضاء.

ويشترط في **الشهادة نفسها** شرطان هما:

١- لفظ الشهادة: بأن يقول الشاهد: أشهد، فإن قال: أعلم أو أتيقن، لم تقبل شهادته.

٢- أن تكون الشهادة موافقة للدعوى، فإن خالفتها لا تقبل، إلا إذا وفق المدعي بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق.

وقد تقدم في بحث القضاء جواز الشهادة على الشهادة في كل الحقوق التي لا تسقط بالشبهة لشدة الحاجة إليها، وكذا عند المالكية في الحدود، بأن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين، لأن ذلك نقل للحق، والشهادة من جملة الحقوق. وتتم هذه الشهادة بأن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا، ثم يقول شاهد الفرع عند الأداء: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أنه يشهد أن فلاناً أقر عنده بكذا. والأقصر في العبارة: أن يقول الأصل: اشهد على شهادتي بكذا، ويقول الفرع: أشْهدُ على شهادته بكذا.

ولا تقبل شهادة الفرع إلا أن يتعذر حضور شهود الأصل بعذر كالموت والغيبة مسيرة سفر ثلاثة أيام فصاعداً، والمرض القوي.

الرجوع عن الشهادة

هو أن يقول الشاهد: رجعت عما شهدت به، ونحوه، فلو أنكر شهادته بعد القضاء لا يكون رجوعاً، ولا يصح الرجوع إلا في مجلس القضاء لأنه فسخ للشهادة، فيكون في المكان الذي تعتبر فيه الشهادة، وهو المحكمة.

ولا يصح الرجوع عن الشهادة بعد صدور حكم القاضي، ويظل الحكم واجب التنفيذ.

وإذا رجع الشهود، التزموا بضمان الغرم أو التلف الذي تسببوا في إلحاقه بالمشهود عليه من مال أو دية، اتفاقاً.

لكن لو رجع اثنان أو واحد من أربعة شهود، فلا ضمان، لبقاء المال حقاً للمشهود له ببقاء الشاهدين، وإن شهد رجل وامرأتان على مال، فرجعت امرأة، غرمت ربع المال، ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال.

ولو رجع الشهود، وقد نفذ القصاص أو الجلد أو الرجم أو القطع، ومات المجلود أو المقطوع، لا يقتص منهم عند الحنفية وعند مالك، وإنما يضمنون الدية في أموالهم في مدة ثلاث سنين، لاعترافهم، والعاقلة لا تعقل الاعتراف.

ويقتص منهم أو يلزمون بدية مغلظة في أموالهم موزعة على عدد رؤوسهم، في رأي الشافعية والحنابلة وأكثر أصحاب مالك، لتسببهم في إهلاك المشهود عليه.

عقوبة شاهد الزور

يعزر شاهد الزور بالاتفاق، وتعزيره عند أبي حنيفة بالتشهير به في الأسواق إن كان سوقياً، أو بين قومه إن كان غير سوقي، بعد صلاة العصر، في مكان تجمع الناس.

وتعزيره عند الصاحبين والمالكية والشافعية والحنابلة بالضرب أو الحبس أو الزجر حتى يتوب، وإن رأى القاضي أن يشهّر أمره في سوقه ومصلاه وقبيلته، فعل، لما يراه مناسباً لزجره.

شهادة غير المسلمين

الكلام هنا في حالتين: شهادة غير المسلمين على بعضهم، وشهادتهم على المسلمين.

شهادة غير المسلمين على بعضهم: في قبول هذه الشهادة رأيان

١- **مذهب الحنفية**: تقبل شهادة الكفار على بعضهم بعضاً لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٣/ ٧٥]. وصف بعضهم بالأمانة على المال، والشهادة تعتمد على صفة الأمانة. ولقوله سبحانه: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٨/ ٧٣] أثبت لهم صفة الولاية على بعضهم، والولاية أعلى رتبة من الشهادة، وثبت في السنة النبوية في حديث جابر رضي الله عنه «أن اليهود جاؤوا إلى رسول الله ﷺ برجل منهم وامرأة زنيا، فقال لهم رسول الله ﷺ: «ائتوني بأربعة منكم يشهدون، قالوا: وكيف..»[1] الحديث، فأقام الحد بقولهم بشهادتهم حيث قال النبي لليهود: «ائتوني بأربعة منكم يشهدون عليه».

٢- **مذهب الجمهور**: لاتقبل شهادة غير المسلمين مطلقاً، سواء اختلفت مللهم أو اتفقت، لاشتراط العدالة في قبول الشهادة في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٦٥/ ٢]وغير المسلم ليس بعدل، واشتراط كون الشهود من المسلمين في الآية السابقة: ﴿منكم﴾ وفي آية﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] والآية نفسها: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] والظاهر الرأي الأول للحاجة، وثبوت ولاية بعضهم على بعض.

شهادة غير المسلمين على المسلمين: فيها أيضاً رأيان

١- **مذهب الجمهور**: لا تقبل شهادتهم على المسلمين، لأن الشهادة ولاية،

---

(١) رواه أحمد ومسلم (نيل الأوطار ومنتقى الأخبار ٧/ ١٠٣-١٠٤، ط دار الخير) وقال الشوكاني: وقد قبلت شهادة الكافر في بعض المواضع كما في الطب (المرجع السابق ٨/ ٦٥١).

ولا ولاية لكافر على المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٤/ ١٤١].

٢- مذهب الحنابلة: أجازوا هذه الشهادة في الوصية في السفر للضرورة، إذا لم يوجد غيرهم، وكذا في كل ضرورة حضراً وسفراً، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ فَأَصَٰبَتْكُم مُّصِيبَةُ ٱلْمَوْتِ﴾ [المائدة: ٥/ ١٠٦]. دلت الآية على قبول شهادة رجلين من غير المسلمين، كما صح عن ابن عباس، وقضى به ابن مسعود وعلي وأبو موسى الأشعري وكثير من التابعين، وثبت القول به عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبي.

قال ابن القيم: قال شيخنا ابن تيمية رحمه الله: وقول الإمام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضع: هو ضرورة، يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً وسفراً.

اليمين القضائية

تعريفها ومشروعيتها والمحلوف به، وصيغتها وصفتها والنية فيها، واليمين بالطلاق، وتغليظ اليمين، وشروطها، وأنواعها، وحكمها، وأنواع الحقوق التي تجوز فيها.

تعريف اليمين ومشروعيتها والمحلوف به

اليمين **لغة**: الحلف والقسم، **واصطلاحاً** هي: توكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتاً أو نفياً، بذكر اسم الله أو صفة من صفاته.

وهي مشروعة في آيات، منها: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٥/ ٨٩] وأمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من القرآن الكريم[١]، والله تعالى لا يشرع محرماً.

(١) هي: ﴿أَحَقٌّ هُوَ قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ﴾ [يونس: ١٠/ ٥٣] و﴿بَلَىٰ وَرَبِّى لَتَأْتِيَنَّكُمْ عَٰلِمِ ٱلْغَيْبِ﴾ [سبأ: ٣٤/ ٣] و﴿قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّى لَتُبْعَثُنَّ﴾ [التغابن: ٦٤/ ٧].

وكذا في أحاديث ثابتة، منها قوله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[١] وفي رواية للبيهقي: «ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

ومنها: «من حلف على يمين هو فيها فاجر، ليقتطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله وهو عليه غضبان»[٢] فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُوْلَـٰٓئِكَ لَا خَلَـٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْـَٔاخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٧﴾﴾ [آل عمران: ٣/ ٧٧].

وحلف عمر لأبي بن كعب على نخيل، ثم وهبه له، وقال: خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم، فتصير سنة.

والمحلوف به بالاتفاق: هو الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته مثل: والله، ورب العالمين، والحي الذي لا يموت، والذي نفسي بيده، وعزة الله، وعظمة الله.

ولا يجوز الحلف بغير الله تعالى، لقوله ﷺ: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت» قال عمر: فوالله ما حلفت بها منذ سمعت رسول الله ﷺ نهى عنها ذاكراً ولا آثراً[٣]، أي حاكياً عن شيء، وقوله أيضاً: «من حلف بغير الله فقد أشرك» أو «فقد كفر»[٤] «لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون»[٥].

ويكون الحلف بلفظ الجلالة فقط في رأي الجمهور، لقوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ﴾ [التوبة: ٩/ ٦٢] ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُوا۟﴾ [التوبة: ٩/ ٧٤] واقتصر النبي ﷺ على ذلك قائلاً: «والله لأغزون قريشاً»[٦]. ويضم إليه عند

(١) حديث حسن رواه البيهقي عن ابن عباس، وبعضه في الصحيحين.

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه.

(٣) رواه الجماعة إلا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٥) رواه النسائي.

(٦) رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما.

المالكية عبارة: «لا إله إلا هو» لقوله ﷺ لرجل حلَّفه: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو»[١].

وتنعقد اليمين بمجرد النطق بها، ولو هزلاً، لأنها من الأحوال الأربعة التي يستوي فيها الجد والهزل. ولا تنعقد اتفاقاً بتعليقها بالمشيئة بأن يقول: إن شاء الله تعالى: بشرط كونه متصلاً باليمين وقاصداً الاستثناء عند الحلف، لقوله ﷺ: «من حلف فقال: إن شاء الله لم يحنث»[٢].

ولا تدخل النيابة في اليمين، فلا يحلف أحد عن غيره، حتى ولي القاصر، فينتظر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون.

صيغة اليمين وصفتها والنية فيها

صيغة اليمين عند الجمهور: أن يقول الحالف: والله، بالله، ورب العالمين، والحي الذي لا يموت، والذي نفسي بيده، وغير ذلك من أسماء الله تعالى. وكذا بصفة من صفات الله تعالى مثل: وعظمة الله أو عزته أو كبريائه أو كلامه أو مشيئته أو علمه أو قدرته أو حقه، إلا أن يريد بالحق: العبادات وبالعلم والقدرة: المعلوم والمقدور ونحو ذلك.

والحلف بالقرآن أو بالمصحف أو بكتاب الله يمين بالاتفاق.

والحلف بالتوراة أو الإنجيل ونحوهما من كتب الله المنزلة كالزبور: يمين في رأي الحنابلة، لأن إطلاق اليمين ينصرف إلى المنزل من عند الله دون المبدَّل.

ويضم عند المالكية إلى لفظ الجلالة أو صفة الله: «بالله الذي لا إله إلا هو».

ويمين الكافر عند أكثر الفقهاء كالمسلم، يحلف بالله، لأن اليمين لا تنعقد بغير اسم الله، كما تقدم: «من حلف بغير الله فقد أشرك».

---

(١) رواه أبو داود بسند صالح والنسائي.

(٢) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

صفة اليمين

صفة اليمين بالاتفاق: أن يحلف على البتّ والقطع على فعل نفسه، سواء في حال الإثبات أو في حال النفي، كأن يقول: والله ما بعت، أو ما اشتريت، أو لقد بعت أو اشتريت، لأن الإنسان أعلم بأحواله وأفعاله، فتكون يمينه حجة قاطعة، فالأيمان كلها على البت والقطع، إلا على نفي فعل الغير، فإنها على نفي العلم، لحديث الأشعث بن قيس في قصة الكِنْدي والحضرمي: «والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه، فتهيأ الكندي لليمين»(١).

النية في اليمين

النية في اليمين غير القضائية أو التي يطلبها شخص من آخر دون أن يكون له عليه حق اليمين: تكون على نية الحالف في جميع الأحوال، ويجوز فيها التورية في يمينه: بأن يقصد فيها غير المعنى المتبادر من اللفظ، أو ينوي فيها خلاف الظاهر لحديث عمر المشهور: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»(٢).

واليمين القضائية في مجال القضاء: تكون بالاتفاق على نية المستحلف وهو القاضي، فلا يصح فيها التورية، لقوله ﷺ: «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» وفي لفظ: «اليمين على نية المستحلف»(٣).

اليمين بالطلاق أمام القضاء

يرى الجمهور أن اليمين بالطلاق لإثبات الحقوق وإنهاء الخصومات أمام القاضي حرام، لأن اليمين لا تكون إلا بالله، ولأن القسم لتعظيم المقسم به، ولا يجوز تعظيم غير الله تعالى.

(١) رواه أبو داود.

(٢) رواه الجماعة إلا ابن ماجه عن عمر رضي الله عنه.

(٣) اللفظ الأول رواه أحمد ومسلم والترمذي وابن ماجه. واللفظ الثاني رواه مسلم وابن ماجه عن أبي هريرة.

وأجاز متأخرو الحنفية الحلف بالطلاق إذا طلبها الخصم وألحّ فيها، أو كان الحالف لا ينزجر إلا بها، لفساد الزمان وقلة المبالاة بالحلف بالله تعالى.

تغليظ اليمين

أي تشديده وتأكيده إما باللفظ وإما بالزمان والمكان.

أما **التغليظ باللفظ**: فأجازه **الجمهور** وهو بأن يكون: «بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية»، وعند المالكية بقول الحالف: «بالله الذي لا إله إلا هو». ودليل الجمهور حديث ابن عباس المتقدم: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو، ما له عندك شيء».

ولم يجز الحنابلة والظاهرية تغليظ اليمين، واكتفوا بلفظ الجلالة فقط، لتضمنه كل معاني الترغيب والترهيب، واقتصاراً على ما ورد في القرآن، مثل: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٥/١٠٦] وما ورد في السنة: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت».

وتغليظ اليمين مستحب عند الشافعية في يمين المدعي وهي اليمين المردودة، أو مع الشاهد واليمين، أو يمين المدعى عليه وإن لم يطلب الخصم تغليظها، فيما ليس بمال ولا يقصد به المال، كنكاح وطلاق ولعان وقصاص، ووصاية ووكالة، وفي المال البالغ نصاب الزكاة، لا فيما دونه، لخطورته.

وأما التغليظ بالزمان والمكان: ففيه رأيان:

١- مذهب الحنابلة والحنفية: لا تغليظ على الحالف المسلم، لما ورد في القرآن الكريم: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٥/١٠٦] ولم يذكر مكاناً ولا زماناً ولا زيادة في اللفظ.

وتغلظ اليمين على غير المسلم، فيحلف اليهود: «أقسم بالله الذي أنزل التوراة على موسى» ويحلف النصراني: «أقسم بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى».

٢- مذهب المالكية والشافعية: يجوز تغليظ اليمين بالزمان والمكان مطلقاً للمسلم وغير المسلم. أما المالكية فقالوا: تغلظ اليمين بالمكان في القسامة واللعان، ففي المدينة يكون الحلف على منبر رسول الله ﷺ، وفي غير المدينة: يحلف الحالف في مسجد الجماعات، ويحلف قائماً. وتغلظ في الزمان في القسامة واللعان بعد صلاة العصر.

وأما الشافعية فقالوا: يحلف المسلم في مكة بين الركن والمقام (بين الحجر الأسود ومقام إبراهيم) وفي المدينة: عند منبر رسول الله ﷺ، وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وتغلظ في الزمان بعد العصر.

ودليل مشروعية التغليظ: قوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦/٥] أي بعد صلاة العصر، كما قال ابن عباس وجماعة من التابعين.

وقوله ﷺ: «لا يحلف أحد على يمين آثمة عند منبري هذا، ولو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار، أو وجبت له النار»(١).

واستحلف أبو بكر رضي الله عنه نفيس بن ملوّح في قتل على المنبر خمسين يميناً واستحلف عمر رضي الله عنه رجلاً بين الركن والمقام، عندما قال لامرأته: حبلك على غاربك.

شروط اليمين

لليمين شروط ستة متفق عليها وهي أن يكون الحالف مكلفاً (بالغاً عاقلاً) مختاراً، وأن يكون المدعى عليه منكراً حق المدعي، وأن يطلب الخصم اليمين من القاضي وأن يوجهها القاضي إلى الحالف، وأن تكون اليمين شخصية، وألا تكون

(١) رواه مالك وأحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

في الحقوق الخالصة لله تعالى كالحدود، وكذا القصاص عند الحنفية، وأن تكون في الحقوق التي يجوز الإقرار بها، للحديث المتقدم: «واليمين على من أنكر».

فلا يحلف الصبي والمجنون، والنائم والمستكره، ولا يحلف المقر لأنه لا حاجة للحلف. ولا يمين إذا لم يطلبها الخصم من القاضي، لأن النبي ﷺ استحلف رُكانة ابن عبد يزيد في الطلاق فقال: «آلله ما أردت إلا واحدة، فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة»(١). ولا تقبل اليمين النيابة، لصلتها بذمة الحالف ودينه. وتكون في غير الحدود والقصاص ولا تجوز في الحقوق التي لا يجوز الإقرار بها، فلا يحلف الوكيل والوصي والقيم، لأنه لا يصح إقرارهم على الغير.

واشترط أبو حنيفة أيضاً: أن يكون المدعى به مما يحتمل البذل، فلا تصح اليمين في النسب والنكاح والرجعة والفيء في الإيلاء ونحوها.

وهناك شرطان مختلف فيهما وهما:

١- العجز عن البينة أو فقدها عند الجمهور، فإذا كانت البينة حاضرة في مجلس القضاء، فلا يصح تحليف المدعى عليه، ولا يصح التحليف عند أبي حنيفة إذا كانت البينة في بلد القاضي، وأجاز الصاحبان والحنابلة التحليف حينئذ. ودليل الجمهور حديث سابق: «بينتك وإلا فيمينه».

ولم يشترط الشافعية هذا الشرط، لحديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فاليمين حق المدعي، وواجبة على المدعى عليه.

٢- الخلطة بين المتخاصمين بالتعامل في رأي المالكية: حتى لا يتطاول السفلة على أصحاب المكانة والفضل، باستدعائهم إلى المحاكم، وطلب اليمين منهم أو الحكم عليهم بالنكول. ولم يتطلبق بقية الفقهاء هذا الشرط، للحديث المتقدم: «واليمين على من أنكر».

---

(١) رواه أبو داود والترمذي والبيهقي.

أنواع اليمين بحسب الحالف

هي ثلاثة: يمين الشاهد، ويمين المدعى عليه، ويمين المدعى.

يمين الشاهد

هي اليمين التي يحلفها الشاهد قبل أداء الشهادة للاطمئنان إلى صدقه، وهي المعمول بها الآن بدلاً من تزكية الشاهد، وقد أجازها المالكية وآخرون، لفساد الزمان وضعف الوازع الديني، ومنعها الجمهور.

ويمين المدعى عليه

هي التي يحلفها المدعى عليه بطلب القاضي، بناء على طلب المدعي، لتأكيد جوابه عن الدعوى، للحديث المتقدم: «ولكن اليمين على المدعى عليه».

ويمين المدعي

هي عند الجمهور (غير الحنفية): اليمين التي يحلفها المدعي لدفع التهمة عنه، أو لإثبات حقه، أو لرد اليمين عليه، وهي ثلاثة أنواع:

الأول - اليمين الجالبة: وهي التي يحلفها المدعي لإثبات حقه، إما مع شهادة شاهد واحد، وهي اليمين مع الشاهد، وإما بسبب نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية وردها إلى المدعي ليحلف، وهي اليمين المردودة، وإما لإثبات تهمة الجناية على القاتل وهي أيمان القسامة، وإما لنفي حد القذف عنه وهي أيمان اللعان، وإما لتأكيد الأمانة فالقول قول الأمين بيمينه كالوديع والوكيل.

الثاني - يمين التهمة: وهي التي توجه على المدعي بقصد رد دعوى غير محققة على المدعى عليه، قال بها المالكية والزيدية.

الثالث - يمين الاستظهار: وهي التي يحلفها المدعي بطلب القاضي لدفع التهمة عنه بعد تقديم الأدلة المطلوبة في الدعوى، فهي تكمل الأدلة كالشهادة، ويتثبت بها القاضي، ويلجأ إليها القاضي عادة إذا كانت الدعوة بحق على غائب أو ميت.

وتوجه عند المالكية أيضاً في نفقة الزوجة، وفي الدعوى على اليتيم والوقف والمساكين وفي كل وجوه البر، وعلى بيت المال، وعلى كل من استحق شيئاً من الحيوان وغيره.

وتوجه عند الحنفية في الادعاء على الميت، وحالة استحقاق المعقود عليه، وفي الشفعة، وفي نفقة الزوجة على زوجها الغائب، وفي رد المبيع بالعيب، وفي خيار البلوغ للبكر.

وعند الشافعية توجه في الدعوى على الميت والغائب والصغير، والمحجور، والسفيه، والمجنون، والمغلوب على عقله، ومع الشاهد واليمين.

أنواع الحقوق التي تجوز فيها اليمين

توجد حقوق يجوز فيها اليمين اتفاقاً، وحقوق لا يجوز فيها اليمين اتفاقاً، وحقوق مختلف فيها.

١- الحقوق التي **لا يجوز فيها اليمين**: هي حقوق الله تعالى المحضة، سواء كانت حدوداً كالزنا والسرقة وشرب المسكرات، أو عبادات كالصلاة والصيام والحج والصدقة والنذر والكفارة، إلا إذا تعلق بها حق مالي لآدمي فيجوز، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ولأن العبادات علاقة بين العبد وربه، فلا يتدخل فيها أحد.

٢- والحقوق التي **تجوز فيها اليمين**: هي الأموال وما يؤول إليها، فيحلف المدعي عليه إثباتاً ونفياً، للحديث السابق عند الجماعة: «لو يعطى الناس بدعواهم، لا دعى أناس دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه».

ويجوز عند أكثر الفقهاء التحليف في الجنايات من قصاص وجروح وفي بعض مسائل الأحوال الشخصية.

٣- والحقوق **المختلف فيها**: هي النكاح فقط عند المالكية، فلا يجوز فيه

التحليف، لأنه يجب فيه الشهادة والإعلان، فلا يقبل فيه اليمين عندهم لتحقق التهمة والكذب.

ولم يجز أبو حنيفة التحليف في سبع مسائل وهي: النكاح، والطلاق، والنسب، والفيء في الإيلاء، والعتق، والولاء، والاستيلاد، لعدم جواز النكول فيها، لأنه بذل وإباحة وترك للمنازعة، وهذه المسائل لا يجوز فيها البذل والإباحة.

وزاد الحنابلة: القود (القصاص) لأن النكول وإن جرى مجرى الإقرار، فليس بإقرار صحيح صريح، فلا يراق به الدم بمجرده، ولا مع يمين المدعي إلا في القسامة للّوث.

لكن المفتى به عند الحنفية: هو رأي الصاحبين وهو أنه يجوز التحليف في هذه الأمور إلا في الحدود والقصاص واللعان.

وأجاز الشافعية كالصاحبين التحليف في هذه المسائل، ويحلف المنكر في إثباتها أو نفيها، للحديث المتقدم عند الترمذي: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فهو يتناول كل مدعى عليه.

والراجح من الروايتين عند الحنابلة كالإمام أبي حنيفة أنه لا يستحلف في هذه المسائل، لأنها لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين، فلا تعرض فيها اليمين كالحدود.

النكول عن اليمين

إذا لم يقر المدعى عليه بالحق المدعى به أمام المحاكم، وهو الغالب فيما يحدث، لم يمكن إثبات الحق إلا بالشهادة التي يقدمها المدعي، فهي حجته، لقوله ﷺ «البينة على المدعي» أو بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه، عملاً بتتمة الحديث السابق: «واليمين على المدعى عليه». فإن حلف المدعى عليه، قضى القاضي بفصل الدعوى، وتنتهي الخصومة بين طرفي الدعوى إلى أن يتمكن المدعي من إقامة البينة.

وإن نكل المدعى عليه عن اليمين، فهل يقضى عليه بالنكول؟ رأيان للعلماء:

١- مذهب الحنفية، والحنابلة في المشهور عندهم: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، فإنه يقضي عليه بالمال بسبب نكوله، والدليل على القضاء بالنكول: أن القاضي شريح قضى على رجل بالنكول، فقال المدعى عليه: أنا أحلف، فقال شريح: مضى قضائي، وقضى عثمان على ابن عمر بالنكول، ورد عليه عبداً معيباً اشتراه منهم حينما نكل، والنكول: أن يقول: أنا ناكل، أو يقول: لا أحلف.

٢- مذهب المالكية والشافعية وصوبه الإمام أحمد: لا يقضى بالنكول، للحديث المتقدم: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» فإنه جعل البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، ولم يذكر النبي ﷺ النكول، فلو كان حجة المدعي لذكره، والنكول يحتمل لكونه كاذباً في الإنكار، ويحتمل لكونه صادقاً في الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة، فلا يكون حجة القضاء، مع الشك والاحتمال.

اليمين المردودة

إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، هل ترد اليمين على المدعي، فيقضى له بيمينه وشاهد واحد يقدمه للشهادة؟ رأيان للعلماء:

قال المالكية والشافعية: ترد اليمين إلى المدعي فيحلف، فيأخذ حقه، ويقضى بالشاهد واليمين، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ رد اليمين على طالب الحق»[1]، ولقوله تعالى: ﴿أَوْ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ [المائدة: ١٠٨/٥]. وثبت أن عمر وعثمان وعلي وغيرهم قالوا برد اليمين.

وذهب الحنفية إلى القول بعدم مشروعية القضاء برد اليمين، عملاً بالحديث المتقدم: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» جعل جنس اليمين على المنكر، فتشمل كل مدعى عليه.

(١) رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم، من حديث نافع عن ابن عمر.

القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي

إذا أقام المدعي شاهداً واحداً فقط، وعجز عن تقديم شاهد آخر، وحلف مع شاهده، هل يقضي له بشاهده ويمينه؟ رأيان للعلماء:

١- **رأي الحنفية**: لا يقضى بالشاهد الواحد مع اليمين في شيء، لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٨٢] وقوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٦٥/ ٢]. طلب القرآن الكريم إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين، فقبول الشاهد الواحد ويمين المدعي: زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، والنسخ في القرآن الكريم لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور، وليس هناك واحد منهما.

واستدلوا بالسنة أيضاً بقوله ﷺ - فيما رواه أحمد ومسلم - «ولكن اليمين على المدعى عليه» وفي لفظ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» وقال ﷺ لمدعٍ: «شاهداك أو يمينه»[١].

٢- **رأي الجمهور**: يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال، لما ثبت عن النبي ﷺ: «أنه قضى بشاهد ويمين»[٢]. وهذا هو الراجح لصحة الحديث وثبوته، ولأن الخلفاء الراشدين حكموا به.

قال الشافعي: وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم، لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره مما يشده.

والخلاصة: أن الحنابلة أوسع المذاهب في الإثبات، حيث يجيزون القضاء بالنكول، وباليمين المردودة، وبالشاهد ويمين المدعي.

---

(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه.

(٢) حديث متواتر، رواه أكثر من عشرين صحابياً، كما ذكر ابن الجوزي والبيهقي.

مجال القضاء بالنكول، وبشاهد ويمين

مجال القضاء بالنكول في رأي الحنفية والحنابلة: هو في الأموال، أما غير المال وما لا يقصد به المال كنكاح وطلاق ولعان وحد وقصاص، ووصاية، ووكالة، فلا يقضى فيه بالنكول.

لكن المفتى به عند الحنفية هو قول الصاحبين بأنه يقضى بالنكول إلا في الحدود والقصاص واللعان، لأنه في معنى الحد. ويقضى على السارق لأجل المال بالنكول، فيضمن المال المسروق، ولا تقطع يده.

ومجال القضاء بالنكول عند المالكية والشافعية أو بالشاهد واليمين: المال وما يقصد به، كالبيع والشراء، والإجارة، والجعالة، والمساقاة والمزارعة، والشركة والهبة، والوصية لمعين أو الوقف عليه (أي في العقود وتوابعها).

وكذا في الغصوب، والعاريات، والودائع، والصلح، والإقرار بالمال أو ما يوجب المال، والحوالة، والإبراء، والمطالبة بالشفعة وإسقاطها، والقرض، والصداق، وعوض الخلع، وتسمية المهر والوكالة في المال والإيصاء به (أي في الأموال، وعقود التبرع والأحوال الشخصية).

ويقضى به أيضاً في الجنايات الموجبة للمال: كالخطأ، وما لا قصاص فيه كالهاشمة، والمأمومة، والجائفة، وقتل المسلم الكافر، والحرّ والعبد، والصبي والمجنون.

الإقرار

تعريفه وحجيته وحكمه، وألفاظه، وشروطه، وأنواع المقر به، مجال الإقرار بالأموال، الإقرار حال الصحة وحال المرض، الإقرار بالنسب.

تعريف الإقرار وحجيته وحكمه

الإقرار **لغة**: الإثبات، **وشرعاً**: هو إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه.

وحجيته أو مشروعيته: لقوله تعالى: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران: ٣/ ٨١] وقوله سبحانه: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ٤/ ١٣٥] قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه إقرار. وقوله عز وجل: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾﴾ [القيامة: ٧٥/ ١٤].

ولخبر الصحيحين في قصة العسيف (الأجير): «واغْدُ يا أُنَيْسُ إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فأثبت الرسول ﷺ الحد بالاعتراف.

والإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يتعدى أثره إلى غيره، لقصور ولاية المقر على غيره، فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه. وكان الإقرار يعتبر سيد الأدلة، لانتفاء التهمة فيه، ويثبت الملك في المخبر به.

وأما الشهادة: فهي حجة مطلقة، ثابتة في حق جميع الناس، غير مقتصرة على المقضي عليه، لذا تسمى: البيِّنة، لأنها مبينة يظهر بها الملك، لذا قال الحنفية: البينة أقوى من الإقرار.

ألفاظ الإقرار

إما أن يكون الإقرار بلفظ صريح، وإما بلفظ ضمني، أما الإقرار بلفظ صريح: فمثل قول الإنسان: لفلان علي ألف درهم، لأن كلمة «علي» تفيد الإيجاب والإلزام.

أو يقول لرجل: «لي عليك ألف درهم» فقال: نعم، لأن «نعم» و«أجل» للتصديق، أو يقول: «لفلان في ذمتي ألف درهم» لأن ما في الذمة هو الدين، فيكون إقراراً بالدين.

وأما الإقرار الضمني أو الإقرار دلالة: فيكون باللفظ الدال على التزام الشيء ضمناً أو دلالة، مثل قول شخص لغيره: «لي عليك ألف درهم» فيقول: قد قضيتها، لأن القضاء يدل على تسليم مثل الواجب الملتزم به في الذمة، فيدل على سبق الالتزام بهذا المبلغ، ولكن لا يثبت الوفاء إلا بالبينة. ومثل ذلك قوله:

«أبرأتني منها» لأن الإبراء إسقاط، وهذا إنما يكون في مال واجب عليه. ومثله: ادعاء الصدقة بها أو هبتها له، لأن التمليك بالصدقة أو بالهبة يقتضي أسبقية الوجوب والالتزام.

وكذا لو قال شخص لآخر: «لي عليك ألف درهم» فقال المخاطب: أجِّلني بها، لأن التأجيل إنما يكون في حق واجب.

والإقرار المكتوب: حجة يقضى به في رأي أئمة بخارى، وعند محمد بن الحسن: لا يكون حجة. ولو كتب بخطه صكاً، فقيل له: تشهد به؟ فقال: نعم، فيكون إقراراً، فإذا لم يقل شيئاً لم يكن إقراراً.

ويعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع، لأن كل واحد منهم لا يكتب في دفتره إلا ماله وما عليه.

شروط صحة الإقرار

يشترط لصحة الإقرار أن يكون المقر عاقلاً، طائعاً أو مختاراً، غير متهم في إقراره، ومعلوماً، فلا يصح إقرار المجنون، ويصح إقرار المميز بالديون والأعيان عند الحنفية، خلافاً للجمهور، ولا يصح إقرار المستكره، ولا كون المقر متهماً في إقراره، كملاطفة صديق أو مجاملة قريب، لأن الإقرار يعتبر شهادة، والشهادة ترد بالتهمة. ولا يصح كون المقر مجهولاً، كأن يقول رجلان: «لفلان على واحد منا ألف درهم» لأنه حينئذ لا يتمكن المقر له المطالبة بالدين، فلا يكون في هذا الإقرار فائدة، فلا يصح.

ويصح عند الحنفية كون المقر به مجهولاً، ويطالب ببيانه، فإذا لم يبين، أجبره القاضي على البيان، والقول في البيان قول المقر مع يمينه.

أنواع المقر به

المقر به قسمان: حقوق الله تعالى وحقوق العباد.

حقوق الله تعالى نوعان

الأول- أن يكون الحق خالصاً لله تعالى (أي للمجتمع): وهو حد الزنا والسرقة وشرب الخمر والمسكرات: الإقرار به صحيح، لكن يجوز الرجوع عن الإقرار قبل إقامة الحد، فيبطل الحد، لاحتمال صدقه في الرجوع، فأورث رجوعه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

ويكفي في الإقرار أن يكون مرة إلا في الزنا، فيشترط عند الحنفية أن يكون الإقرار أربع مرات، كما حدث في إقرار ماعز أمام النبي ﷺ.

ويصح الإقرار في الحدود، سواء تقادم العهد على الحادث، أم لا، إلا في شرب الخمر، فإنه لا يعتبر عند الشيخين (أبي حنيفة وأبي يوسف) بعد ذهاب الرائحة وتقادم العهد، لأن ابن مسعود جلد رجلاً وجد فيه رائحة الخمر، ولم يجلده حتى تحقق من الرائحة

الثاني - أن يكون للإنسان عليه حق، وهو حد القذف، الإقرار به صحيح أيضاً، ولا يشترط فيه سوى الشروط العامة في جميع الحدود وهي البلوغ، والنطق، فلايصح إقرار الصبي فيه، ولا الأخرس، ويكفي فيه الإقرار مرة واحدة دون تعدد، فلا يطلب فيه تعدد الإقرار، ولاعدم التقادم أيضاً، كما تقدم في بحث حد القذف.

حقوق العباد

أهمها ثلاثة أنواع منها: حق طلب واستيفاء القصاص أو الدية، والحق في الأموال النقدية أو العينية، والحق في الشفعة والطلاق ونحوها.

ولايشترط لصحة الإقرار بها ما يشترط للإقرار بحقوق الله تعالى من التعدد، ولايشترط فيه الصحو أيضاً، فيصح إقرار السكران بها، لأن هذه الحقوق تثبت مع الشبهات، خلافاً لحقوق الله تعالى.

واشترط الحنيفة لصحة الإقرار بهذه الحقوق شرطين:

الأول- أن يكون المقر له معلوماً: ولو حملاً في البطن، فلا يصح كون المقر له مجهولاً، كواحد من الناس، لأنه لا يملك أحد مطالبته بمقتضى إقراره.

واشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن يبين المقر سبباً صالحاً يتصور لثبوت الملك للحمل كالإرث أو الوصية، وإلا لم يصح الإقرار.

ولم يشترط محمد بن الحسن ومالك وأحمد والشافعي بيان سبب الملك كالإرث أو الوصية، ويحمل إقراره على سبب الملك المتصور للحمل، لأن الإقرار حجة شرعية، فيعمل به.

الثاني - ألا يتعلق بالمقر به حق الغير: لأن حق الغير معصوم محترم، فلا يجوز إبطاله من غير رضاه، فلا يصح إقرار المريض (مرض الموت) بدين لوارثه، إلا بإجازة بقية الورثة، لأنه متهم في هذا الإقرار، ليؤثر بعض الورثة على بعض.

مجال الإقرار بالأموال

يصح الإقرار بالمال، عيناً كان أو ديناً ثابتاً في الذمة، معلوماً كان أو مجهولاً، بالاتفاق، لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزم الإنسان مجهولاً، بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته، أو يطالب بتعويض جناية على أعضاء الإنسان، لا يعلم مقداره، فلا تمنع الجهالة صحة الإقرار، وما الإقرار إلا إخبار عن ثبوت الحق، فيصح به، ثم يطالب ببيان المجهول، ليتمكن الغير من استيفائه، فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان بالحبس ونحوه، حتى يبرئ ذمته التي شغلها بصحيح إقراره.

وهذا بخلاف **جهالة المقر له**، فإن جهالته تفسد الإقرار، لأن المجهول لا يصلح مستحقاً، وبخلاف **جهالة المقر**، فإنها تفسد الإقرار أيضاً، لجهالة المقضي عليه بوجوب دفع الحق إلى صاحبه، فلا يمكن المقر له من المطالبة.

وبخلاف **جهالة المشهود به** فإنها تمنع صحة الشهادة والقضاء، لأنه لا يمكن القضاء بمجهول، أما في الإقرار فيطالب المقر ببيان الشيء أو الحق المقر به، والقول قوله مع يمينه.

واتفق الحنفية والشافعية على أن المقر إذا قال: «لفلان علي ألف **إن شاء الله**» أو «إلا أن يشاء الله» لم يلزمه شيء، لأنه لم يجزم الالتزام، بل علّقه بالمشيئة، ومشيئة الله مغيبة عنا.

وفي حال **الاستثناء** يكون مقراً بالباقي بعد الاستثناء، عملاً بمقتضى الاستثناء في اللغة.

وفي حال **العطف** يكون الإقرار بالمعطوف والمعطوف عليه، فلو قال المقر: «علي درهم ودرهم، لزمه درهمان بالاتفاق، لأن حرف العطف يقتضي الجمع والتشريك بين المعطوف والمعطوف عليه».

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا: إن أقر بدرهم في وقت، ثم أقر بدرهم في وقت آخر، لزمه درهم واحد، لأنه إخبار، والمراد في الظاهر تكرار المخبر به الذي أخبر عنه أولاً، ورأى الحنفية أنه يلزمه درهمان.

وفي حال **الاستدراك في القدر** في الجنس نفسه مثل «علي ألف درهم، لا بل ألفان» يلزمه الأكثر بالاتفاق. وكذلك في الاستدراك في الصفة، مثل «علي مد حنطة جيدة، لا بل وسط» يلزمه الأجود عند الحنفية. وفي الاستدراك بخلاف الجنس مثل «علي ألف درهم، لا بل مئة دينار» يلزمه جميع ما أقر به عند الجمهور، وعند المالكية: يلزمه ما بعد الاستدراك، لأن «بل» نقلت حكم الأول للثاني، و«لا» للتأكيد، على مذهب جمهور النحاة.

الإقرار في حال الصحة وفي حال المرض

الصحيح: من ليس في مرض الموت، سواء كان غير مريض أصلاً، أو مريضاً بمرض معتاد.

والمريض: من هو في مرض الموت.

ومرض الموت: هو الذي يعجز صاحبه عن ممارسة أعماله المعتادة، على أن يكون مما يخاف منه الهلاك غالباً، ويتصل به الموت فعلاً.

فلو كان مريضاً بمرض يسير لا يمنع من القيام بشؤون نفسه، أو كان مما تغلب النجاة منه عادة، أو كان مما يخاف منه الهلاك غالباً، ولكنه لم يمت فعلاً، فإنه لا يعد مرض موت، ويكون تصرف المريض فيه كتصرف الصحيح في الصحة والنفاذ.

الإقرار في حال الصحة

يصح للوارث والأجنبي، وينفذ من جميع مال المقر، لعدم تعلق حق الورثة بماله في حال الصحة، بل يثبت الدين في الذمة، وإنما يتعلق الدين بالتركة حال المرض، أي يتعين فيها، وينتقل من الذمة إليها.

الإقرار في حال المرض نوعان

إقرار **باستيفاء** الدين من غيره، وإقرار بالدين لغيره:

أما إقرار المريض باستيفاء الدين من غيره: فيصح إذا كان الدين على أجنبي في حال الصحة، ولا يصح إذا كان الدين ناشئاً حال المرض، لتعلق حق الغرماء بمال المريض. ولا يصح أيضاً إذا أقر باستيفاء دين وجب له على وارث، لوجود التهمة والمحاباة.

وأما إقرار المريض بالدين لغيره: إن كان إقراراً لأجنبي، جاز عند أكثر العلماء، لأنه غير متهم في حقه، لقول عمر وابنه عبد الله: إذا أقر المريض بدين لأجنبي، جاز ذلك من جميع تركته.

وإن كان إقراراً بالدين لوارث، لم يصح إقراره عند الحنفية والحنابلة إلا ببينة، أو بموافقة بقية الورثة، أو بمشاهدة القاضي، لأنه متهم في هذا الإقرار، قال عمر وابنه في تتمة الأثر السابق: إذا أقر المريض لوارثة لم يجز.

وجاء في الحديث النبوي: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»[1]. ويصح عند الشافعية إقرار المريض مرض الموت لوارث، كما يصح لأجنبي، لأن من صحّ إقراره له في الصحة صح إقراره في المرض كالأجنبي.

تفضيل دين الصحة

يفضل عند **الحنفية** دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف على ما أقر به في مرض موته، لأن حق غرماء الصحة تعلّق بمال المريض بدلاً من ذمته.

وإنما تقدم ديون المرض المعروفة السبب ببينة أو بمعاينة القاضي، لأنه لا تهمة في ثبوتها، لأن الشيء المعاين لا مرد له.

وإذا قضيت ديون الصحة وديون المرض المعروفة الأسباب، وفضل شيء عنها، كان ذلك الفاضل مصروفاً فيما أقر به حال المرض.

وإن لم يكن على المريض ديون في صحته، جاز إقراره، لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير، وكان المقر له أولى من الورثة.

وذهب **الجمهور**: إلى أن دين الصحة ودين المرض يتساويان، فلا يقدم دين الصحة على دين المرض، لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال، ولم يختص أحدهما برهن، فاستويا كما لو ثبتا ببينة.

الإقرار بالنسب

١- أن يلحق المقر النسب بنفسه.

٢- أن يلحقه بغيره.

ويشترط في النوع الأول شروط أربعة ذكرها الحنفية وهي:

١- أن يكون المقر به مجهول النسب: فإن كان معروف النسب من غيره، لم

---

(١) حديث مرسل رواه الدارقطني في سننه عن جعفر بن محمد عن أبيه.

يصح استلحاقه بالإقرار، لقوله ﷺ: «من ادعى إلى غير أبيه، أو انتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله المتتابعة إلى يوم القيامة»[1].

٢- أن يصدِّق المقر له في إقراره إن كان أهلاً للتصديق، بأن كان مكلفاً (بالغاً عاقلاً) عند الجمهور، أو يستطيع أن يعبر عن نفسه، بأن كان مميزاً في رأي الحنفية، لأن للولد حقاً له في نسبه، وهو أعرف به من غيره.

ولم يشترط المالكية هذا الشرط، لأن النسب حق للولد على الأب، فيثبت بإقراره من دون توقف على تصديق منه إذا لم يقم دليل على كذب المقر.

٣- أن يكون المقر به محتمل الثبوت من نسب المقر: فلا يكذبه ظاهراً أو لا ينازعه فيه منازع، بأن يكون في سن يمكن أن يكون منه بحيث يولد مثله لمثله، فلو كان أصغر منه، أو كان المقر مقطوع الذكر والأنثيين في زمن سابق على بدء الحمل، لم يصح الإقرار بثبوت نسبه، لأن الحس يكذبه.

٤- ألا يكون فيه حمل النسب على الغير: لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر.

وذهب الشافعية والحنابلة: إلى أنه يثبت النسب بالإقرار على الغير بالشروط السابقة، وبشرط كون المقر جميع الورثة، وبشرط كون الملحق به النسب ميتاً، فلا يلحق بالحي ولو كان مجنوناً، لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده حياً بقول غيره.

(١) رواه أبو داود عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

القضاء بالقرائن

القضاء بالقرائن أو الأمارات أصل من أصول الشرع، سواء في حال وجود البينة أو الإقرار، أم في حال فقد أي دليل من أدلة الإثبات.

والقرينة **لغة**: العلامة الدالة على شيء مطلوب، **واصطلاحاً**: هي كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه.

وهي نوعان: قرينة قوية، وقرينة ضعيفة، وكل منهما إما قرينة فقهية وإما قرينة قضائية: والقرينة القضائية: إما قطعية وإما ظنية أغلبية.

من أمثلة القرينة الفقهية: اعتبار ما يصلح للرجال من متاع البيت كالعمامة والسيف هو للرجل، واعتبار ما يصلح للنساء فقط هو للمرأة، عملاً بالظاهر، ومراعاة العرف والعادة.

ومن القرائن القضائية: الحكم بالشيء لمن كان في يده، لأن وضع اليد قرينة على الملك بحسب الظاهر.

فإذا كانت القرينة قطعية تبلغ درجة اليقين، مثل الحكم على شخص بأنه قاتل، إذا رئي مدهوشاً ملطخاً بالدم، ومعه سكين بجوار مضرج بدمائه في مكان.

والقرينة الظنية الأغلبية كالقرائن العرفية أو المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الأشخاص: تعد دليلاً مرجحاً لجانب أحد الخصوم، متى اقتنع بها القاضي، ولم يوجد دليل آخر سواها.

ولا يحكم عند الجمهور بالقرائن في الحدود، لأنها تدرأ بالشبهات، ولا في القصاص إلا في القسامة، للاحتياط في موضوع الدماء وإزهاق النفوس.

وأثبت المالكية شرب الخمر بالرائحة، والزنا بالحمل، ووافقهم ابن القيم في إثبات الزنا بالحمل، وهو ما فعله الصحابة.

وجعل النبي ﷺ نحر كفار قريش يوم بدر عشراً أو تسعاً من الإبل قرينة على كونهم ما بين الألف والتسع مئة، واعتبار العلامة في السيف وظهور أثر الدم به دليلاً على استحقاق أحد المتداعيين سلب القتيل، واعتبار إنبات الشعر حول القُبل دليلاً على البلوغ، وجعل الحيض علامة على براءة الرحم من الحمل، وجعل لون الدم علامة على كونه حيضاً أو استحاضة.

❊ ❊ ❊

مؤلفات الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

في دار الفكر–دمشق

- **آثار الحرب في الفقه الإسلامي** (ط٣/١٩٨١ - ٨٨٨ص)

يبحث في الحرب بصفة عامة وتأصيلها الشرعي والقانوني، ويتناول الآثار المترتبة على قيامها والآثار المترتبة على انتهائها.

- **أخلاق المسلم – علاقته بالخالق** (ط١/٢٠٠٢ - ٦٨٤ص)

موضوعات على غاية من الأهمية تفصّل علاقة المسلم بنفسه، وعلاقته بربه، وعلاقته بمجتمعه، ولكل علاقة هدفها، مع التمهيد لكل موضوع، وإيراد الآيات المناسبة، والأحاديث الشريفة.

- **أخلاق المسلم – علاقته بالمجتمع** (ط١/٢٠٠٢ - ٤٦٤ص)

نماذج في سبعة وعشرين ومئة موضوع من موضوعات الأخلاق، وعلاقة الإنسان بغيره، تبين حرص الإسلام على إصلاح الفرد والجماعة.

- **الأسرة المسلمة في العالم المعاصر** (ط١/٢٠٠٠ - ٣٥٢ص)

يتضمن الكلام على الوحدة الإنسانية ومعنى الأسرة وأنواعها وأهميتها، وبعض مشكلاتها المعاصرة، وقواعد نظامها المادي والتربوي والشرعي وخصائص نظامها ومعالم الأسرة المسلمة وحقوق أفرادها الخاصة والعامة وأنشطتها، ونهاية الحياة الزوجية وآثارها وكل ما تحتاج إليه الأسرة المسلمة في حياتها لتنشئة جيل مسلم قادر على الإنجاز وصنع الحضارة.

- **أصول الفقه الإسلامي** (١-٢) (ط٣/٢٠٠٤ - ١٢٦٤ص)

يشتمل هذا الكتاب على أصول الفقه الإسلامي، فيعرف علم الأصول ويبين موضوعه والغاية من تدريس الفقه والأصول. ويبحث في الحكم، وطرق استنباط الأحكام من النصوص الشرعية ودلالاتها، ويدرس مصادر الأحكام الشرعية المتفق عليها، كما يدرس المصادر التبعية للأحكام أو الأدلة المختلفة فيها.

- **تجديد الفقه الإسلامي** (حوارات لقرن جديد) (ط١/٢٠٠٠ - ٣٤٤ص)

حوارية نافعة بين عالمين حول تجديد الفقه الإسلامي المنشود، والتصورات لمناهجه وملامحه في المادة الفقهية والمصادر وروح الكتابة، والدراسة المقارنة بين المذاهب والقوانين الوضعية والاهتمام بالجانب التنظيري وتصنيف المادة الفقهية وتخطيط البحوث والتيسير والتبسيط والربط بالواقع، ومخاطبة كل المستويات والرأي فيما قدم من أعمال إسلامية والصور المقترحة للتنفيذ والتصور الموضوعي للتصنيف مع ضوابط التجديد وأهلية المجدد، مع تعقيب كل منهما على الآخر.

- **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج** (١-١٧) (ط٢/٢٠٠٣ - ١١٦٠٠ص)

يتناول تفسير القرآن الكريم بعد مقدمة يتحدث فيها عن بعض المعارف الضرورية المتعلقة بالقرآن، وتعريفه وكيفية نزوله وطريقة جمعه وكتابته بالرسم العثماني، والأحرف السبعة والقراءات السبع، وأدلة الإثبات بوجوه الإعجاز وعربية القرآن وترجمته إلى اللغات الأخرى، والحروف المقطعة في أوائل السور والبلاغة في القرآن مع فوائد في عدد الأجزاء والسور والآيات وأنواعها، وقد اشتملت هذه الطبعة الجديدة على زيادات وتنقيحات وإضافة القراءات المتواترة التي نزل بها الوحي الإلهي أعظم نعمة كبرى على البشرية جمعاء.

- **التفسير الوجيز على هامش القرآن العظيم ومعه أسباب النزول وقواعد الترتيل** (ط٣/٢٠٠٢ - ٦٤٤ص)

تفسير القرآن العظيم ملون، بطبعة فاخرة، مع أسباب النزول، وقواعد الترتيل.

- **التفسير الوسيط** (١-٣) (ط١/٢٠٠١ - ٢٩٧٦ص)

يبين مدلول الآيات بدقة وشمول وأسلوب مبسط ميسر، ويعرِّف بأسباب النزول الصحيحة الثابتة مستشهداً ببعض الآيات والأحاديث الصحيحة الثابتة وموضوعها ومغزاها مع الآية المفسَّرة، مبتعداً عن القصص والروايات الإسرائيلية التي لا يخلو منها تفسير قديم، ملتزماً أصول التفسير المأثور والمعقول معاً معتمداً على أمهات كتب التفسير الكبرى بمختلف مناهجها.

- **حق الحرية في العالم** (ط١/٢٠٠٠ - ٢٧٢ص)

يبين قيمة الحرية بين حقوق الإنسان وأساسها ونصوصها القانونية، ويوضح معنى الحرية وقيودها ونسبيتها وأزمتها وتاريخها وتطورها وحمايتها وضوابط ممارستها، وأنواع الحرية وخصائصها في العالم وفي الإسلام وطبيعتها، ويبحث في حكم بعض أنواع الحريات العامة أو الخاصة.

- **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي** (ط١/١٩٨٧ - ٤٣٢ص)

يتناول هذا الكتاب في سبعة أبواب بحث ما يعرف بـ(العقود المسماة) في القانون المعاملات المدنية الإماراتي، ويتضمن الكتاب عقود التمليك، وعقود المنفعة، ويتحدث عن عقود التأمينات الشخصية، ويبحث في الحقوق العينية التبعية، ويتحدث عن الشفعة من أسباب كسب الملكية وفي الحجر على المفلس، كل ذلك في بيان موجز واضح، وشرح كاف مفيد.

- **فتاوى معاصرة** (ط١/٢٠٠٣ - ٤٣٢ص)

يقدم فتاوى معاصرة حول الطهارة والعبادات والمعاملات والأسرة والعلاقات الزوجية والأطعمة والأشربة والعقيدة والأخلاق والآداب ولاسيما ما جدَّ منها ويحتاج إلى فتوى فيها.

- **الفقه الإسلامي وأدلته (١-١١)** (ط٤/١٩٩٧ - ٨٨٤٨ص)

يبحث في الفقه الإسلامي كاملاً ويشتمل على الأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية ويحقق الأحاديث النبوية ويخرجها مع فهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية.

- **الفقه الإسلامي وأدلته (قرص مدمج) CD-Rom** (ط١ ٢٠٠١ - قرص ليزري)

الموسوعة الفقهية الأكثر انتشاراً في العالم ويضم: كتاب الفقه الإسلامي للمؤلف، ويتضمن عرضاً لفقه المذاهب الأربعة والاجتهادات الهامة لغيرها من المذاهب الفقهية، بفهرسة ألفبائية شاملة، وفيها أكثر من (٩٠٠) رأس موضوع وتشمل على (٤٣٦٦٣) مدخلاً فرعياً، وبحوثاً فقهية إسلامية معاصرة، وفهرسة شاملة لأحاديث الأحكام وطريقة استدلال الفقهاء بها، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي بجدة بشأن القضايا المستجدة، مع إمكانات كبيرة للبحث، تقدم للمستخدم خيارات واسعة للحصول على المعلومة المطلوبة من خلال رأس موضوع أو حكم فرعي أو آية، أو حديث، أو كلمة.

- **الفقه الإسلامي وأدلته الجزء التاسع (المستدرك)** (ط١/١٩٩٦ - ٩٧٦ص)

يتناول الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب - والنية والباعث في العبادات - وآراء العلماء في زكاة الأسهم، والشركات، والإبراء من الدين على مستحق الزكاة واحتسابه منها، وسهم المؤلفة ومصرف الزكاة، والتصوير وإجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ونظرية الفسخ وعقد الاستصناع، والصرف والتحويل القائم على القرض وربا القرض والاعتماد المستندي ومعالم النظام الاقتصادي في الإسلام وقرارات مجمع الفقه الإسلامي.

- **الفقه الإسلامي وأدلته – المعاملات (١–٢) بالإنكليزية** (ط١/٢٠٠٣ – ١٥١٢ص)

موجّهُ للناطقين بالإنكليزية، مسلمين وغير مسلمين، ليفصل جميع أحكام الإسلام التي تنظم جميع أنواع المعاملات المالية، لتبرز في نظامٍ ماليٍّ فريد للإنسانية جمعاء.

- **القرآن الكريم – بنيته التشريعية وخصائصه الحضارية** (ط١/١٩٩٣ – ١٦٨ص)

يؤكد أن القرآن الكريم بخصائصه ا لذاتية هو أرقى التشريعات وأعلاها وألصقها بالإنسان لتجاوبها مع فطرته المفطور عليها، ثم هو في الذروة العليا حضارياً لما يتضمنه من أخلاق ومساواة واحترام لحقوق الإنسان.

- **المعاملات المالية المعاصرة** (ط١/٢٠٠٣ – ٣٣٦ص)

مسائل مستجدة في المعاملات المالية المعاصرة تتطلب الإجابة الشرعية عنها، وهذا ما يقوم به هذا الكتاب.

- **نظرية الضرورة الشرعية** (ط١/١٩٩٧ – ٣٢٠ص)

يتناول نظرية الضرورة الشرعية في مبادئ لابدَّ من معرفتها وفي بيان مقاصد الشريعة الإسلامية وأدلة مشروعية مبدأ الضرورة ومفهومها وضوابطها وقواعدها وتطبيقاتها ومقارنة مع القانون الوضعي.

- **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية** (ط٢/١٩٨٢ – ٣٦٨ص)

يجيب عن تساؤلات كثيرة حول الضمان أو التضمين على حد تعبير فقهاء الإسلام وبقائه عند فقهاء القانون اصطلاح (المسؤولية القانونية عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع) بدراسة مقارنة.

- **الوجيز في أصول الفقه** (ط١/١٩٩٤ – ٢٤٨ص)

يبسط مسائل أصول الفقه ويضع الإطار الشامل لها ويركز على تحديد المفاهيم الأصولية وعلى الجوانب التطبيقية المفيدة عملياً ونظرياً معاً بمنهج متوسط لا تطويل فيه ولا إيجاز مخلاً بالمطلوب.

- **الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي** (ط٢/١٩٩٨ – ٢٤٨ص)

بحث شامل في مضماري الوصايا والوقف تعريفاً للوصية والوقف، معنىً وأركاناً وشروطاً وأحكاماً وتنفيذاً ومشروعية وأنواعاً ومبطلاتها.